



Universidade de Brasília

Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Gestão de Políticas Públicas

Departamento de Gestão de Políticas Públicas

JOÃO MARCELO XAVIER RODRIGUES

Quais limites do controle judicial nas políticas públicas?

Brasília – DF

2017

JOÃO MARCELO XAVIER RODRIGUES

Quais limites do controle judicial nas políticas públicas?

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Gestão de
Políticas Públicas.

Professor Orientador: Dr. Jorge Octávio Lavocat
Galvão.

Brasília – DF

2017

Ficha catalográfica elaborada automaticamente,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Rq

Rodrigues, João Marcelo Xavier
Quais limites do controle judicial nas políticas
públicas? / João Marcelo Xavier Rodrigues; orientador Jorge
Octávio Lavocat Galvão. -- Brasília, 2017.
57 p.

Monografia (Graduação - Gestão de Políticas Públicas) --
Universidade de Brasília, 2017.

1. Controle judicial. 2. Políticas públicas. 3. Hard
cases. 4. Estado de coisas inconstitucional. 5. Sistema
carcerário. I. Galvão, Jorge Octávio Lavocat, orient. II.
Título.

JOÃO MARCELO XAVIER RODRIGUES

Quais limites do controle judicial nas políticas públicas?

A Comissão Examinadora, abaixo identificada, aprova o Trabalho de Conclusão do Curso de Gestão de Políticas Públicas da Universidade de Brasília do aluno

João Marcelo Xavier Rodrigues

Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão

Professor-Orientador / FD

Dra. Christiana Soares de Freitas

Professora-Examinadora / GPP

Dr. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

Professor-Examinador / FD

Brasília, 08 de dezembro de 2017

*Aos que todos os dias me inspiram,
meus pais.*

AGRADECIMENTOS

No início da graduação em Gestão de Políticas Públicas na Universidade de Brasília tive o prazer de ter aula com o Professor Tarcisio Vieira de Carvalho Neto na Faculdade de Direito. Sua ênfase ao lidar com questões de interesse público despertou-me grande atenção quanto às questões relativas à formação do Estado Democrático de Direito e a respectiva consecução dos direitos e garantias individuais.

Logo depois, ainda na metade da graduação, tive o privilégio de ser aluno do Professor Jorge Octávio Lavocat Galvão, que com muito entusiasmo tratava sobre o complexo tema da política constitucional brasileira. O conhecimento transmitido por ele, sem dúvidas, foi essencial para a formação do meu senso crítico quanto ao sistema político moderno, o que me deixou mais angustiado em relação à separação de poderes, ao constitucionalismo e à democracia. Não bastando sua inspiração de suas exemplares aulas, tive a honra de ter-me aceitado como orientando e possibilitado meu ingresso no universo das leituras mais respeitadas que abordam o assunto.

Em 2016, fui membro da *STRATEGOS* Empresa Júnior de Consultoria Política, o que possibilitou minha convivência com um grupo dedicado e em busca de excelência. A pluralidade de ideias e a proximidade com a tomada de decisão fizeram-me refletir o quanto é grande a responsabilidade – moral ou política – do decisor, despertando-me amplo interesse por processos decisórios.

Também em 2016, tive a imensa oportunidade de integrar, como estagiário, a equipe do Instituto de Pesquisa DataSenado do Senado Federal, onde pude aprender que o simples, muitas vezes, é melhor que o complexo, e a lidar com parcimônia e comprometimento com as diversas situações que somos obrigados a resolver. A experiência adquirida aqui, com ajuda de meus colegas de trabalho, é de imensurável contribuição para meu crescimento profissional e acadêmico.

Agradeço, ainda, a confiança depositada e a atenção prestada pela Professora Christiana Soares de Freitas nesta reta final do curso.

Grato à toda minha família, especialmente meus pais e padrinhos, e aos *brothers* que sempre me incentivaram e acreditaram na realização dos meus sonhos.

Enfim, membros da banca examinadora, professores, DataSenado, *STRATEGOS*, familiares, amigos e colegas que contribuíram de alguma forma para o desenvolvimento da minha formação, muito obrigado!

*“Não há fatos eternos,
como não há verdades absolutas”.*

Friedrich Nietzsche

RESUMO

Ora por judicialização da política, ora por ativismo judicial, o protagonismo do Poder Judiciário em questões de grande extensão política é realidade na maioria das democracias modernas. Considerando a separação de Poderes, os direitos fundamentais pressupostos no Estado Social Democrático de Direito, os permanentes desacordos em uma sociedade plural e a competência do crivo final, a atuação do Estado Regulador será analisada na consecução de políticas públicas no Brasil. As influências nos julgamentos de *hard cases* serão expostas a fim de aferir os limites do controle judicial nas políticas públicas e da legitimidade do Supremo Tribunal Federal na política carcerária brasileira, demandada pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, que reconheceu o *estado de coisas inconstitucional*. Por fim, será avaliada a efetividade desta decisão no âmbito de Brasília a partir de dados estatísticos disponibilizados pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) e pela atual prática política-judicial, no que se refere a implementação das audiências de custódia e a promulgação da Lei 13.500 de 2017, que expressamente proibiu o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen).

Palavras-chave: Controle judicial. Políticas públicas. Protagonismo do Judiciário. Separação de Poderes. Democracia brasileira. Estado Regulador. Crivo final. *Hard cases*. ADPF 347. *Estado de coisas inconstitucional*. Sistema carcerário. Audiências de custódia. Fundo Penitenciário Nacional.

ABSTRACT

Through judicialization of policy or judicial activism, the protagonism of the Judiciary Power in issues of great political extension is a reality in most modern democracies. Considering the separation of Powers, the fundamental rights presupposed in the Democratic Social State of Law, the permanent disagreements in a plural society and the competence of the final cribble, the activity of the Regulatory State will be analyzed in public policies achievement in Brazil. Influences in the judgments of *hard cases* will be exposed in order to check the limits of the judicial control in public policies and the legitimacy of the Federal Supreme Court in Brazilian prison system, demanded by the Arguing of Non-compliance of Fundamental Precept n. 347, which recognized the *unconstitutional state of affairs*. Finally, the effectiveness of this decision will be evaluated in Brasília, based on statistical data provided by the Federal District and Territory Judicial Court and by the current political-judicial practice, concerning the implementation of custody hearings and the promulgation of Law 13.500/2017, which expressly prohibited the contingency of the National Penitentiary Fund.

Keywords: Judicial control. Public policies. Judiciary protagonism. Separation of Powers. Brazilian democracy. Regulatory State. Final cribble. *Hard cases*. ADPF 347. *Unconstitutional state of affairs*. Prison system. Custody hearings. National Penitentiary Fund.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. SISTEMA POLÍTICO	13
1.1. SEPARAÇÃO DE PODERES NA DEMOCRACIA BRASILEIRA	13
1.2. ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	15
1.3. PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO	19
2. POLÍTICAS PÚBLICAS	23
2.1. CICLO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	23
2.2. POLÍTICAS <i>Top-Down</i> E ESTADO REGULADOR	24
2.3. RESOLUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	28
3. INFLUÊNCIAS NO JULGAMENTO DE <i>HARD CASES</i>	30
3.1. NEOCONSTITUCIONALISMO.....	30
3.2. DECISÕES <i>FORTES</i> X DECISÕES <i>FRACAS</i>	32
3.3. ATUAÇÃO DE JUÍZES EM POLÍTICAS PÚBLICAS	35
4. <i>ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL</i>	38
4.1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347.....	38
4.2. EFETIVIDADE DA DECISÃO NO DISTRITO FEDERAL	41
4.3. LEGITIMIDADE E LIMITES DA ADPF 347	45
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	51
ANEXOS	56
ANEXO A – ÍNDICE DE CONFIANÇA NA JUSTIÇA NO BRASIL – <i>ICJB</i> BRASIL.....	56
ANEXO B – MOTIVOS QUE LEVARIAM OS ENTREVISTADOS A BUSCAR O JUDICIÁRIO.....	56
ANEXO C – CONFIANÇA NAS INSTITUIÇÕES.....	57
ANEXO D – PERCEPÇÃO DOS ENTREVISTADOS SOBRE QUEM MAIS DESRESPEITAM AS LEIS NO BRASIL	57

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 elenca um rol de direitos que exigem a ação do Estado, via políticas públicas, para serem concretizados e surtirem os efeitos pretendidos por nossa democracia. Os mais variados temas que são abordados na política constitucional ensejam que praticamente todo assunto possa ser submetido ao crivo do Supremo Tribunal Federal.

A atuação dos Poderes Políticos – Executivo, Legislativo e Judiciário – capaz de desenvolver políticas públicas é dependente das circunstâncias do momento, do pluralismo da sociedade, dos atores envolvidos, e dos estatais já estabelecidos. Dessa forma, a separação de Poderes esforça-se para delimitar a competência de cada Poder Político, a fim de evitar o comportamento excessivo e de garantir a fruição dos direitos dos cidadãos.

Como a democracia é pautada pela premissa majoritária, o processo político ordinário nem sempre irá corresponder a todas pretensões do texto constitucional, ao considerar-se que os valores da sociedade são permanentemente controvertidos e que estes resultados podem não considerar os direitos das minorias.

Diante do cenário de frequente abuso de poder no século XX, a necessidade de um mecanismo de proteção de direitos, como forma de limitar o Estado, torna-se presente. Encontrou-se nos tribunais o papel de garantir a concretização das políticas constitucionais pela análise de compatibilidade dos atos estatais com a Constituição, haja vista que não possuem responsabilidade popular, não necessariamente são influenciadas pela opinião pública e detêm maior independência para decidir se há desrespeito por parte da postura adotada pela maioria aos princípios conformadores do Estado Social Democrático de Direito.

Desse modo, a recorrente tentativa do Poder Judiciário para proteger direitos contidos na Carta Constitucional é realidade no Brasil, tendo em vista o modelo sistema de controle de constitucionalidade aderido, a postura não racional dos magistrados e, também, a ausência de uma esfera pública desenvolvida capaz de atender aos anseios do povo e de defender as garantias dos que pouco são representados no âmbito político.

Entretanto, quando os tribunais são compelidos a decidir controvérsias entre políticas relacionadas com a Carta Magna, conceitos substantivos tendem a ser considerados para firmar o que deve prevalecer e ser seguido pela sociedade. À frente disso, abre-se possibilidade para a atividade expansiva por parte dos juízes ao adotar-se o método de interpretação que atribui maior peso aos princípios para justificar a decisão, o que pode

transformar a construção jurídica em discussão política na esfera de um Poder que não possui legitimidade representativa.

O presente trabalho possui como objetivo geral aferir em quais circunstâncias o Poder Judiciário manifesta-se nas políticas públicas, sua legitimidade para isso, assim como seus limites neste controle. Ademais, será analisado o porquê e como os magistrados agem para solucionar o embate entre direitos e dar efetividade, por meio de políticas públicas, às garantias fundamentais.

Com suporte do referencial teórico da Filosofia, da Ciência Política, da Gestão de Políticas Públicas e do Direito acerca do tema exposto, a decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, que reconhece o *estado de coisas inconstitucional* no sistema penitenciário brasileiro, será diagnosticada a fim de verificar sua legitimidade e os efeitos da medida encontrada pela maior instância Judiciária do país. Exclusivamente, a efetividade da decisão será examinada no contexto de Brasília, a partir da atual realidade política e de dados estatísticos disponibilizados pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).

Quanto à metodologia, a monografia pautou-se pelo método qualitativo e quantitativo, remetendo-se à exploração de fenômenos políticos e jurídicos, à análise dados estatísticos e à aplicação da fundamentação teórica na prática brasileira.

Assim, tem-se como objetivos específicos: i) descrever a Separação de Poderes na democracia brasileira e a manifestação dos direitos fundamentais na jurisdição constitucional; ii) identificar o porquê do protagonismo do Poder Judiciário e seus possíveis efeitos; iii) verificar o caráter *Top-Down* do Estado Regulador no *policy cycle*; iv) aferir a resolução de políticas públicas, especialmente quando efetuadas por tribunais; v) diagnosticar o neoconstitucionalismo, o *weak-form judicial review* e a *leitura moral* nas decisões de *hard cases*; vi) explicar o *estado de coisas inconstitucional* e as circunstâncias em que a Suprema Corte brasileira o reconheceu presente no sistema carcerário; vii) conhecer a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 e os pedidos deferidos pelo Supremo Tribunal Federal; viii) analisar a efetividade da decisão na Circunscrição Judiciária do Distrito Federal; ix) avaliar os limites do controle do Poder Judiciário nas políticas públicas; e x) caracterizar a decisão na ADPF nº 347.

A justificativa desta pesquisa reside na indeterminação de como as políticas públicas devem ser efetivadas, na imprecisão da esfera responsável por deter o crivo final, na ausência de parâmetro que defina quais questões e onde devem ser apuradas, e no, consequente e constante, embate entre Poderes Políticos e instâncias governamentais. Dessa forma, nota-se

que estas irresoluções podem por em xeque a estabilidade do sistema político, o funcionamento da democracia, e o cumprimento de direitos individuais e coletivos, sobretudo, os das minorias. Portanto, busca-se analisar a legitimidade, de forma geral, da atuação do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas e, de maneira específica, o controle da Suprema Corte brasileira na consecução da política prisional no caso do *estado de coisas inconstitucional* – ADPF 347.

Pergunta-se: Por que os juízes atuam em casos políticos no Brasil? Como o Poder Judiciário pode dar efetividade às políticas públicas? O trabalho será assim pautado por estes questionamentos, remetendo-se sempre à hesitação inicial: Quais limites do controle judicial nas políticas públicas?

1. SISTEMA POLÍTICO

Tendo em vista que a virtude representa a sabedoria para agir diante das circunstâncias de um sistema político¹, afere-se que a base de sustentação de uma democracia encontra-se na própria virtude, uma vez que quem faz executar as leis está a elas submetido e ainda suportará o peso de suas decisões em um governo popular. Em um dos registros mais antigos, a regulação que vincula a forma do Estado se organizar, já podia ser encontrada:

Nenhum homem livre poderá ser detido ou mantido preso, privado de seus bens, posto fora da lei ou banido, ou de qualquer maneira molestado, e não procederemos contra ele nem o faremos vir, a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra. (Magna Carta inglesa, 1215, §39, trad. de Carlos Ari Sundfeld, grifo nosso).

O exercício do Poder Político passa então a ser limitado na modernidade, sobretudo a partir das Revoluções Americana e Francesa, no qual seus detentores devem submeter-se às normas estatais compromissadas, o que origina o conceito de Estado de Direito². Neste contexto, o Brasil presencia a atuação de atores políticos para a concretização de direitos contidos na Constituição, devendo o Poder Judiciário garantir, em *ultima ratio*, a satisfação destas disposições.

1.1 SEPARAÇÃO DE PODERES NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

A Separação de Poderes moldurou a teoria dos *checks and balances* – pesos e contrapesos, em que o exercício do Poder Político seria limitado, tendo em vista que cada Poder deve ser controlado e controlar os demais:

Encontra-se a liberdade política unicamente nos governos moderados. Porém, ela nem sempre existe nos governos moderados: só existe nestes últimos quando não se abusa de poder; mas a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites. [...] Para que não se possa abusar de poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. (MONTESQUIEU,

¹ MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. Afonso Teixeira Filho. São Paulo: Madras, 2016, p.53.

² “Estado de Direito é o criado e regulado por uma Constituição, [...] onde o exercício de poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.” SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 49.

1985, p.148-149, trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins, grifo nosso).

A noção de separação dos Poderes *strictu sensu*³ é relativizada ao admitir-se a interpenetração de competências na divisão de Poderes Políticos, o que abre possibilidade para os Poderes constituídos, no modelo tripartite, desempenharem funções atípicas⁴. Assim, encontra-se nas democracias a expectativa de que a estabilidade de um sistema político seja mantida e o domínio de um Poder por outro impedido⁵. É por isso que, apesar do funcionamento da democracia dos antigos ser diferente da democracia dos modernos⁶, seu cerne tem continuado o mesmo:

Estado democrático [...] como aquele onde o povo, sendo o destinatário do poder político, participa, de modo regular e baseado em sua livre convicção, do exercício desse poder. (SUNDFELD, 2003, p. 49).

Entretando, o desenvolvimento da democracia no Brasil ainda não apresenta um domínio público ideal que enseje o equilíbrio entre a população e a política, considerando-se as influências de relações familiares, patriarcais, coloniais e culturais herdadas⁷, o que dificulta a promoção de uma sociedade capaz de fazer com que seus direitos sejam considerados pelos políticos, com bem dizia Alberto Torres (1914, p. 88, grifo nosso):

A separação da política e da vida social [...] atingiu, em nossa pátria, o máximo de distância. À força da alheação da realidade política chegou ao cúmulo do absurdo, [...] onde todos os elementos se propunham a impulsionar e fomentar um surto social robusto e progressivo, uma classe artificial [...] ingênua e francamente estranha a todos os interesses, onde, quase sempre com a maior boa-fé, o brilho das fórmulas e o calor das imagens não passam de pretextos para as lutas de conquista e a conservação de posições.

Logo, o pressuposto de que “*ambition must be made to counteract ambition*”⁸ remete à da obediência da natureza humana à premissa de quando não existe poder comum: “uma

³ Separação de poderes *stricto sensu* compreende na atribuição de função típica a cada poder: o Legislativo possui a competência de legislar, ao editar normas gerais e abstratas; o Executivo detém a função administrativa, ao aplicar a lei anteriormente editada; e o Judiciário com a função jurisdicional, devendo julgar os conflitos, quando provocado.

⁴ ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. 3. ed. London: Laccademia Publishing, 2015, p. 12.

⁵ “É igualmente claro que a comunidade política administrada pela classe média é a melhor, [...] pois ela pode fazer pender a balança a favor da classe à qual vier a juntar-se, impedindo, assim, a preponderância de um dos extremos contrários” (1296 b). ARISTÓTELES. **Política**. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 145.

⁶ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 7-9.

⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 180-181.

⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Indianapolis: Liberty Fund, 2001, p. 268.

guerra de todos contra todos”⁹, o que notoriamente transforma os *checks and balances* em competição política entre Poderes. Assim, mesmo com a disposição de que a autoridade legislativa deve necessariamente predominar¹⁰ e que o Judiciário, devido à natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso em relação aos direitos políticos da constituição¹¹, sugere-se, entretanto, que a grande preocupação dos parlamentares brasileiros é arrecadar recursos para suas bases eleitorais e consumir suas próprias ambições políticas¹².

Dessa forma, afere-se que o bom funcionamento de uma democracia depende da disposição da população para influenciar a prática política cotidiana e estabelecer limites efetivos ao exercício de Poder. Infelizmente, isso não representa exatamente a realidade brasileira, posto que a própria sociedade suporta más heranças históricas e os agentes políticos não costumam se pautar pela consecução de interesses públicos, o que denota a existência de problemas *estruturais*¹³ e induz que os cidadãos necessitem de decisões judiciais para tentar se aproximar do Direito. Portanto, como a predisposição dos detentores do Poder Político não é diferente de querer concentrar mais poder, há de se questionar o papel a ser exercido pelas cortes e suas limitações.

1.2. ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Do Estado Social Democrático de Direito, extrai-se a supremacia da Constituição, a separação de Poderes, a superioridade da lei e a garantia dos direitos individuais¹⁴; agentes públicos fundamentais eleitos e renovados periodicamente pelo povo e que respondem por seus deveres; poder político exercido diretamente pelo povo e por órgãos estatais que se controlam; lei produzida pelo Legislativo e observada pelos demais Poderes, e cidadãos como

⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Rosina D’Angina. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 108.

¹⁰ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Indianapolis: Liberty Fund, 2001, p. 269

¹¹ Ibid., p. 420.

¹² SAMUELS, 2003 *apud* SANTOS, 2012, p. 127.

¹³ “[...] a estrutura é um conjunto de proporções e de relações entre agente econômicos, setores produtivos – agricultura, indústria, comércio e serviços – e regiões geoeconômicas, em função da base física. [...] No campo estrutural, as políticas ou programas de ação são de outra ordem. Eles produzem efeitos de longo prazo, [...] são, por exemplo, a política de investimento e infra-estrutura, a política educacional, a política energética. Tudo isto escapa largamente do prazo de um mandato presidencial e, por isso mesmo, nada disso tende a ser levado a sério no circo que é a política brasileira”. COMPARATO, Fábio Konder. **Intervenção do Estado no domínio econômico – fundamento e objetivos**. Salvador: Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, v.16, jul/dez. 1991, p. 90-92.

¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 40.

titulares de direitos, oponíveis ao próprio Estado¹⁵; e por fim o aspecto do Estado Social: desenvolvimento e justiça social¹⁶.

Assim, diante da *constitucionalização do direito*, o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto conceito aberto e abstrato, caracteriza-se como denominador comum dos demais direitos fundamentais¹⁷, que são desenvolvidos com o decorrer do tempo, como pregava Norberto Bobbio (1992, p. 5-19, grifo nosso):

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Os diversos direitos fundamentais também não possuem caráter absoluto e podem ser contrapostos, o que possibilita a relativização de um direito em detrimento de outro. Temos como exemplo o direito à propriedade sendo limitado pelo cumprimento de sua função social¹⁸, e a liberdade de expressão que deve respeitar o direito à privacidade¹⁹.

As normas definidoras das garantias fundamentais têm aplicação imediata²⁰, mas algumas possuem eficácia limitada. Em outras palavras, determinados direitos dependem de instrumentos de ação do Poder Público – políticas públicas – para serem concretizados, como no caso da responsabilidade de assegurar aos detentos respeito à integridade física e moral²¹, exigindo, dessa forma, a construção de presídios que respeitem a dignidade humana para sua alocação²².

Diante de matérias de difícil consenso ou consideradas impopulares, a exemplo do sistema carcerário e do direito de greve dos servidores públicos, constata-se no cenário brasileiro certo desinteresse das esferas políticas em regular determinados assuntos, visto que agentes públicos eleitos possuem *responsabilidade popular*, prestando contas à população, principalmente à sua base eleitoral. Isso também pode ser motivo para o

¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53-54.

¹⁶ Ibid., p. 55.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 203.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2017, art. 5º, incs. XXII e XXIII.

¹⁹ Ibid., art. 5º, incs. IX e X.

²⁰ Ibid., art. 5º, §1º.

²¹ Ibid., art. 5º, inc. XLIX.

²² Os direitos fundamentais, conferidos às pessoas físicas, jurídicas ou até mesmo a coletividade podem manifestar-se de maneira comissiva ou omissiva, tendo em vista que alguns direitos demandam ações e outros impõem obrigações de não fazer ou de tolerar ao Estado.

protagonismo dos tribunais Constitucionais em questões de direitos fundamentais mundo afora, que perante a contraposição entre valores morais, as cortes sacrificam-se, devido sua *responsabilidade política*, para escolher o que deve prevalecer²³. Para analisar o porquê dessa ocorrência e os limites dessa atuação, faz-se necessário traçar a diferença entre judicialização da política e ativismo judicial.

Por si só, a judicialização da política expressa a transferência de poder para instituições judiciais deliberarem sobre questões políticas, morais, sociais e econômicas, o que seria competência originária dos Poderes Executivo e Legislativo²⁴. Luís Roberto Barroso (2011, p. 230-232) elenca diferentes fatores para que a judicialização aconteça: importância que o Judiciário assumiu nas democracias modernas; a desilusão quanto à representatividade política e aos procedimentos majoritários; a preferência de atores políticos eleitos para que tribunais decidam questões moralmente controvertidas na sociedade; e a ampla constitucionalização das mais variadas questões, que as tornam judicializáveis. Nesse sentido, aponta-se que as análises de questões políticas pelos juízes decorrem do próprio desenho institucional, no qual o Judiciário possui compromisso moral para deliberar quando legitimamente provocado.

Por outro lado, o ativismo judicial demonstra-se como ação proativa do Poder Judiciário com vistas a alcançar determinado resultado ao escolher prioridades políticas²⁵. Di Pietro (2016, p. 909, grifo nosso) sintetiza:

[...] ativismo judicial, que significa interferência indevida nas atribuições dos demais Poderes do Estado e, em consequência, infrigência ao princípio da separação de poderes. Isso sem falar na insegurança jurídica que essa decisão ilegítima acarreta, [...] além de não resolver o problema, agrava a situação de desigualdade social.

Como apresentado, além do ativismo judicial poder decorrer da própria judicialização da política, também é tido como uma atuação negativa para o todo de uma sociedade, uma vez que “não pode substituir as escolhas feitas pelos poderes competentes”²⁶. Isso traz à tona a necessidade da precedência da análise das circunstâncias do caso concreto, dos impactos que podem ser causados nas demais esferas políticas e da definição de parâmetros a serem seguido pela atuação judicial em casos de judicialização das políticas públicas.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Rio de Janeiro: [Syn]Thesis, vol. 5, nº 1, 2012, p. 23.

²⁴ Id., 2011, p. 229.

²⁵ Id., 2011, p. 234.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 905.

Para isso, é oportuno diferenciar a *dimensão da adequação* da *dimensão da justificação*²⁷ para examinar a postura da jurisdição constitucional, tendo em vista que demonstra-se como base para a formulação de políticas públicas por órgãos judiciais, enquanto que “o peso dado a cada uma das dimensões desencadeará soluções distintas”²⁸.

A *dimensão da adequação* relaciona-se com a legitimidade procedimental que deve ser levada em consideração para o estabelecimento de medidas pelo Judiciário e “indica o grau de respeito por parte do intérprete para com os compromissos institucionais assumidos pelos membros da comunidade no passado”²⁹, havendo maior valoração por procedimentos democráticos que possibilitem a equidade na participação política. Noutro giro, a *dimensão da justificação* encontra raízes na justiça substantiva, na qual o Judiciário promove a análise dos compromissos pré-estabelecidos por uma sociedade para adaptá-los “aos valores que legitimam a prática jurídica na visão do intérprete”³⁰, o que denota uma justificação política posto que em uma sociedade plural, os valores são permanentemente controvertidos.

Por isso, necessita-se limitar o controle de juízes nas políticas públicas. Apesar da *dimensão da adequação* ser insuficiente quanto à prescrição de como os *hard cases*³¹ devem ser resolvidos, tal perspectiva expressa que o sistema político deve ser repensado, haja vista a constante análise de valores substantivos pelo Poder Judiciário, que pode desencadear políticas públicas ainda não apreciadas pelo Executivo e Legislativo³², como nos casos de aborto³³ e de pesquisas em células-tronco embrionárias³⁴.

Dworkin (2002, p. 129) estabelece também conceitos de *argumentos de princípio* e *argumentos de política*. Os *argumentos de princípio* são aqueles que respeitam o direito de um grupo ou de um indivíduo, podendo exercer o mecanismo *contramajoritário*, uma vez que minorias dificilmente conseguiriam tal proteção pela via política ordinária³⁵. No que se refere

²⁷ DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 171.

²⁸ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 160.

²⁹ Ibid., p. 159.

³⁰ Ibid., p. 158.

³¹ “Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra. [...] Os jurista e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens do Estado divergem sobre os direitos políticos”. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127-128.

³² GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 205.

³³ *Habeas Corpus* n. 124.306.

³⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510.

³⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 134.

aos *argumentos de política*, a pretensão é de escolher, dentre várias, a diretriz política a ser seguida por determinada sociedade como um todo, o que simboliza “uma compreensão particular sobre o que seja uma vida boa”³⁶ por agentes públicos não eleitos e configura-se como óbice à ação do governo democrático, fundado na *premissa majoritária*, que define as prioridades políticas³⁷.

Para finalizar esse raciocínio, aponta-se que o Poder Judiciário só pode valer-se de princípios quando já houver uma política pública determinada por órgãos políticos, tendo em vista que “as políticas públicas estatuídas no texto constitucional não são exigíveis sem intermediação legislativa”³⁸, ou seja, direitos políticos precisam antes ser transformadas em direitos jurídicos – normas – para ensejar a atuação de juízes em *hard cases*. Pela própria restrição da adoção de *argumentos de princípio* por magistrados, tem-se que os *argumentos de política* não devem possuir sequer algum espaço na esfera judiciária de uma democracia.

No entanto, o contexto histórico da jurisdição constitucional, no mundo todo, desenvolveu-se de tal maneira que o controle de políticas públicas em face à Constituição não é mais questionado, posto que esse mecanismo configura-se, na modernidade, como elemento essencial para que se possa formar um Estado de Direito³⁹.

Dessa forma, o Tribunal Constitucional, incumbido de prerrogativas de guardar a Constituição, analisar a compatibilidade de atos normativos com princípios constitucionais e de até de anular as regras que se originaram da vontade do legislador, passou a possuir um papel ainda mais atuante diante do contexto de Estado Social, que pelas grandes obrigações positivas em que o Poder Político deve exercer, o Judiciário viu-se caracterizado como o principal garantidor dos direitos fundamentais.

1.3. PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO

³⁶ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 174.

³⁷ DWORIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 37.

³⁸ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 176-178.

³⁹ MOREIRA, Vital. Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional. In: SOUSA E BRITO, José de, et al. **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**. Lisboa: Coimbra Editora, 1995, p. 177.

Jorge Galvão (2014, p. 81-100) levanta quatro argumentos que tentam explicar a expansão da intervenção judicial na seara política, sinteticamente: o primeiro deles é relativo à *vontade popular*, em que os tribunais seriam aptos a aproximar o sentimento popular do Direito; o segundo é relativo à *competência funcional*, supondo-se o Judiciário como mais qualificado, ao passo que os Poderes participam do processo de políticas públicas de acordo com sua capacidade institucional; o terceiro é referente ao *procedimento*, em que a intervenção judicial seria devida a bloqueios políticos e ao desrespeito do procedimento democrático; por último, o quarto argumento está relacionado com a *proteção de direitos*, havendo tentativa dos juízes em atribuir eficácia aos direitos fundamentais.

Foca-se no argumento da *proteção de direitos*, visto que é o mais utilizado para justificar a ampla atuação judicial, sendo este parâmetro de controle desenvolvido em decorrência da defesa dos cidadãos face aos eventuais abusos que o Estado poderia cometer⁴⁰. Assim, diversos direitos fundamentais passaram a estar elencados nas Cartas Constitucionais – *constitucionalização do direito*, quando países que estavam se restabelecendo democraticamente, utilizaram-se dessa razão para monitorar a atividade governamental⁴¹.

Assumindo o protagonismo dos tribunais na modernidade, a questão remete-se ao questionamento dos limites de sua atuação na solução de conflitos na esfera dos direitos fundamentais, o que fomentou a investigação, a partir da criação do Índice de Confiança na Justiça no Brasil – *ICJBrasil*, das motivações que induzem os cidadãos a utilizar o sistema judicial e a confiar nele⁴². Nessa linha, o *ICJBrasil*⁴³ avalia a opinião da população acerca: i) da *percepção*, a forma em que é prestado o serviço jurisdicional; e ii) do *comportamento*, a predisposição dos cidadãos acionarem a justiça para solucionar conflitos. No 1º semestre de 2017, o *ICJBrasil* constatado foi de 4,5 pontos, no qual os subíndices *percepção* e *comportamento* apresentaram 2,8 e 8,4 pontos, respectivamente⁴⁴. Isso indica que os brasileiros, apesar de avaliarem mal o Poder Judiciário, estão dispostos a judicializarem seus direitos supostamente violados⁴⁵.

A pesquisa foi ainda aprofundada ao avaliar a opinião da população sobre sua disposição para judicializar políticas públicas, tendo como hipótese a necessidade da

⁴⁰ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 96.

⁴¹ Ibid., 97.

⁴² RAMOS, L; CUNHA, L; OLIVEIRA, F; SAMPAIO, J; BUENO, R; ÚBIDA, G. **Relatório ICJBrasil 1º semestre/2017**. São Paulo: FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS DIREITO SP, 2017, p. 3.

⁴³ Ibid., p. 4.

⁴⁴ Ibid., p. 6. Vide Anexo A.

⁴⁵ Ibid., p. 7.

obtenção de medicamentos de alto custo que não estão disponíveis no Sistema Único de Saúde (SUS), verificando-se que 88% dos respondentes estão propensos a acionar a justiça tendo como base o direito à saúde⁴⁶.

Acerca do desempenho das instituições, apesar da baixa confiança no Poder Judiciário, 24%, as arenas políticas – Congresso Nacional e Governo Federal – demonstram confiança menor ainda para os respondentes da pesquisa, 7%⁴⁷. Quanto à percepção sobre o cumprimento das leis⁴⁸, foi certificado que, para 38% dos entrevistados, os parlamentares são os que mais desrespeitam as leis no Brasil, seguido das pessoas em geral (35%) e do Presidente da República (15%), enquanto os juízes foram apontados apenas por 2% da amostra representativa da população brasileira⁴⁹.

Da maneira exposta, o relatório da FGV DIREITO SP (2017) sobre o *ICJBrasil* evidencia o que Hannah Arendt (2014, p. 390, tradução de Roberto Raposo, grifo nosso) preconizava:

A atividade política, que até então retirara sua maior inspiração da aspiração à imortalidade mundana, baixou agora ao nível de uma atividade sujeita à necessidade, destinada a remediar, de um lado, as consequências pecaminosidade do homem, e, de outro, a atender às carências e interesses legítimos da vida terrena.

Denomina-se este fenômeno como *alienação do homem moderno*⁵⁰ e *declínio da esfera pública*⁵¹. Como apresentado, tem-se, então, a alta desconfiança da sociedade brasileira na atividade política dos Poderes Executivo e Legislativo, e nos seus próprios compatriotas, o que naturalmente gera a crença de que juízes irão lograr êxito quanto aos interesses públicos.

O protagonismo do Poder Judiciário também pode ser consequência do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade⁵², que foi desenhado a partir dos modelos difuso (americano) e concentrado (austríaco), e denota seu caráter misto. De forma geral, o modelo difuso confere a qualquer juiz, independente da instância, o poder-dever para afastar do ordenamento jurídico a lei que considere inconstitucional, correspondendo, a questão constitucional, como apenas um incidente no processo e que só pode ser analisada pela

⁴⁶ RAMOS, L; CUNHA, L; OLIVEIRA, F; SAMPAIO, J; BUENO, R; ÚBIDA, G. **Relatório ICJBrasil 1º semestre/2017**. São Paulo: FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS DIREITO SP, 2017, p. 11. Vide Anexo B.

⁴⁷ Ibid., p. 13. Vide Anexo C.

⁴⁸ Ibid., p. 19. Vide Anexo D.

⁴⁹ Ibid., p. 23.

⁵⁰ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 12. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 314.

⁵¹ Ibid., p. 318.

⁵² “o controle de constitucionalidade é [...] a revisão de atos legilativos e administrativos, tendo por base cláusula constitucionais, [que] permite ao juiz avaliar o conteúdo das ações dos demais órgãos estatais e corrigi-las, caso entenda ser apropriado”. GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79.

Suprema Corte depois de percorrer todo o sistema recursal⁵³. Resumidamente, a ideia do modelo concentrado expressa que somente a Corte Constitucional pode decidir sobre a constitucionalidade de atos normativos, sendo possível que a questão constitucional seja suscitada por meio de ações diretas de inconstitucionalidade, independentemente de caso concreto, constituindo-se, assim, o principal objeto da ação⁵⁴.

O aspecto híbrido do sistema de controle de constitucionalidade do Brasil manifesta, espontaneamente, seu maior alcance. Desta maneira, além de possibilitar que ações, relativas à Constituição, cheguem à Suprema Corte depois de passar por todas as instâncias, o modelo brasileiro também proporciona o ajuizamento direto de questões constitucionais no Tribunal Constitucional. Há, ainda, uma complicação adicional: o que antes seria apenas prerrogativa do Procurador-Geral da República, a partir da Constituição Federal de 1988, inclui-se um rol de entes legitimados para propor ações diretas⁵⁵. Portanto, o sistema brasileiro propicia que qualquer questão seja submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal⁵⁶, tendo em vista o controle judicial assentado em uma Constituição abrangente.

Ressalta-se o fato de que muitas vezes a atividade jurisdicional pode se aproximar da legislativa, uma vez que interpreta cláusulas constitucionais abstratas, de ampla base legal, o que põe em xeque sua legitimidade institucional diante de limites indefinidos que contenham a ação do Poder Judiciário⁵⁷. Assim, levando em consideração o *declínio da esfera pública*, o modelo brasileiro híbrido de controle de constitucionalidade e a forte justificação da interpretação constitucional decorrida da proteção de direitos fundamentais, evidencia-se a figura do Supremo Tribunal Federal como ator compelido a decidir frequentemente problemas de políticas públicas.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1426-1429.

⁵⁴ Ibid., p. 1426-1429.

⁵⁵ O Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional são legitimados para propor ações diretas como ADIn, ADC, ADO e ADPF. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2017, art. 130.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Rio de Janeiro: [Syn]Thesis, vol. 5, nº 1, 2012, p. 24.

⁵⁷ Ibid., p. 99.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS

Secchi (2003, p.1) postula que “políticas públicas tratam do conteúdo concreto e do conteúdo simbólico de decisões políticas, e do processo de construção e atuação dessas decisões”. Peters (1986 *apud* SOUZA, 2006, p. 24) a define como a “soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos”. Thomas Dye (1984 *apud* SOUZA, 2006, p. 24) a estabelece como tomada de decisão que envolve o Estado, sendo o que “o governo escolhe fazer ou não fazer”. Por fim, sintetiza-se que política pública é o conjunto de decisões tomadas por determinados atores acerca de conteúdos que envolvem meios e objetivos, representando a *conjuntura*⁵⁸ do governo de poder criar⁵⁹, não havendo uma precisa e única definição do que seriam políticas públicas.

2.1. CICLO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A execução de uma política pública é precedida por um processo político para definir suas diretrizes, de acordo com o programa de cada governo, e por isso cria-se um modelo no qual ocorre essa tomada de decisão:

o policy cycle é um ‘tipo puro’ idealizador do processo político, mas que na prática não costuma se efetivar da maneira como está prevista no modelo. O fato de os processos políticos reais não corresponderem ao modelo teórico não indica necessariamente que o modelo seja inadequado para explicação destes processos, mas sublinha o seu caráter como instrumento de análise. (FREY, 1999, p. 14).

O modelo do ciclo das políticas públicas compreende a divisão do processo político em estágios. Entretanto, preceitua-se que não há uma forma perfeita que represente o exato desenvolvimento de políticas públicas, tendo em vista que apresentam-se de variadas formas e

⁵⁸ “A conjuntura é o conjunto cíclico, mas não sazonal, portanto relativamente imprevisível, das variações da atividade econômica a curto prazo. [...] De modo geral, as políticas conjunturais são destinadas a resolver problemas de equilíbrio momentâneo, temporário”. COMPARATO, Fábio Konder. **Intervenção do Estado no domínio econômico – fundamento e objetivos**. Salvador: Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, v.16, jul/dez. 1991, p. 90-91.

⁵⁹ JENKINS, William. *Policy Analysis. A Political and Organization Perspective*. Londres: Martin Robertson, 1978, p. 15.

em circunstâncias distintas, e, em razão disso, tem-se um processo abstrato, que é resultado de uma série de atividades políticas⁶⁰.

A tomada de decisão consiste no poder investido nas autoridades responsáveis em escolher uma saída à demanda pública inserida na agenda. Desse modo, a política pública é aquela que se origina dessa decisão, em que independente da mesma ser positiva ou negativa, tem-se uma política pública tão somente pelo fato de que a deliberação servirá como instrumento que surtirá efeitos na sociedade e, conseqüentemente, nos grupos interessados na resolução do problema identificado. Logo, é a partir da tomada de decisão por determinado ator que se pode analisar a legitimação da ação que desencadeia uma política pública.

O modelo do *policy cycle*, ao separar os diversos momentos e atividades que compreendem o processo de produção de políticas públicas, permite distinguir e identificar o desempenho dos atores e instituições envolvidas, assim como suas relações de poder e competência para atuar, possibilitando o acompanhamento das ideias que se desenvolvem no curso deste processo que envolve, necessariamente, o debate democrático, tendo em vista a dinamicidade das concepções e das alternativas até a política pública ser efetivamente concretizada⁶¹.

Dessa forma, por mais que o modelo do ciclo de políticas públicas não determine a fórmula ideal do fluxo que a política pública deve seguir, o mesmo, ao dividir etapas, é adequado para subsidiar análises dos momentos da participação de cada Poder Político. Por exemplo, a habilidade dos tribunais para influenciar uma tomada de decisão que lhe é cabível difere-se do seu poder de influência para que um problema público entre na agenda governamental e que determinada medida seja implementada, significando que os três poderes constitucionais possuem capacidades distintas para imiscuirem-se em cada uma das fases do *policy cycle*.

2.2. POLÍTICAS *TOP-DOWN* E ESTADO REGULADOR

A definição de políticas *Top-Down* está associada à forma em que se origina. O respectivo modelo possui como ponto inicial a decisão governamental, advinda do alto escalão, que define os meios a serem utilizados e os objetivos a serem alcançados por

⁶⁰ RUA, Maria das Graças. **Políticas Públicas**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; Brasília: CAPES: UAB, 2009, p. 36-37.

⁶¹ Ibid., 58-59.

determinada política pública⁶², o que demonstra-se como oposto ao modelo *Bottom-Up*, no qual a política origina-se e desenvolve-se em níveis mais baixos, a partir de uma organização técnica-burocrática a nível de rua e de atores inseridos na base da sociedade⁶³.

O modelo *Top-Down* encontra precedência na organização burocrática *weberiana* e na nítida separação entre política e administração, relacionando-se, respectivamente, com o fluxo ordenado de atividades necessárias para efetivar os propósitos da política e com a implementação que demanda uma burocracia centralizada e hierárquica⁶⁴. Pressupõe-se também que a decisão neste modelo é capaz de forçar a implementação de uma política pública, posto que resulta da deliberação de atores políticos do governo central. Assim, considera-se duas variáveis que podem ajudar a explicar as causas que facilitam ou dificultam o desenvolvimento de determinada *policy*⁶⁵: i) o tamanho da mudança pretendida; e ii) o grau de consenso em torno da política pública.

O Estado Regulador possui fundamento na procura de mecanismos para proteger a concretização, sobretudo, do princípio da igualdade “enquanto declaração constitucional inaugural da vida política em um Estado de Direito”⁶⁶. Seu pressuposto está na garantia da intervenção estatal para preservar instrumentos essenciais, como uma virtuosa arena pública de construção de soluções, que objetivem a fruição dos direitos fundamentais contidos na Carta constitucional brasileira⁶⁷. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto (2014, p. 7, grifo nosso) explica:

As transformações que marcaram o surgimento do Estado Social de Direito, que sucede o Estado Liberal, não garantiram o atendimento de numerosas e complexas exigências sociais. De certo insucesso do Estado Social na tentativa de bem-estar comum, despontaram correntes que conferiram à preocupação estatal originária conteúdo inovador, pendente à realização via Poder Público da divisão da justiça social, inclusive por meio de participação popular no processo político, em decisões de governo e no controle da Administração Pública.

Do Estado Regulador, tem-se que para suprir a insuficiência do modelo tripartite de separação de Poderes, a Administração Pública, entendida como Poder Executivo, incorpora

⁶² VAN METER, Donald S. VAN HORN, Carl E. The Policy Implementation Process: a conceptual framework. *Administration & Society*, Ohio State University, February 1975. Sage Publications, Vol. 6, n. 4, p. 445-488.

⁶³ GILSON, Lucy. **Lipsky's Street Level Bureaucracy**. Chapter in Page E., Lodge M and Bala S (eds) Oxford Handbook of the Classics of Public Policy. Oxford: Oxford University Press, p. 8-10.

⁶⁴ RUA, Maria das Graças. A Implementação de Políticas Públicas. In: RUA, Maria das Graças; ROMANINI, Roberta. **Para Aprender Políticas Públicas**. Brasília: IGEPP, v.1, 2013, p. 93.

⁶⁵ VAN METER, Donald S. VAN HORN, Carl E. The Policy Implementation Process: a conceptual framework. *Administration & Society*, Ohio State University, February 1975. Sage Publications, Vol. 6, n. 4, p. 445-488.

⁶⁶ ARANHA. Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. 3 ed. London: Laccademia Publishing, 2015, p. 7.

⁶⁷ Ibid., p. 10-11.

os conceitos de profissionalismo e *expertise* com vistas a serem aplicados à atividade governamental⁶⁸, enquanto a atividade do Estado Social Democrático de Direito “vê-se obrigada a olhar para fora de si mesma, relacionando-se de modo mais intenso com o entorno social”⁶⁹. Assim, o Estado Regulador, diante da imprecisão institucional da administração das leis, passa a compreender não só a execução das leis, mas também as funções de gerenciar e atualizar atos normativos, de acordo com a realidade do setor regulado⁷⁰, situando-se no espaço entre a política e a administração para regular casos específicos que exigem flexibilidade e contínua revisibilidade⁷¹ com propósito de concretizar direitos políticos, sociais ou econômico.

Pautado pelo princípio da especialidade, possibilita-se ao poder regulamentar editar normas de sua própria atividade setorial e seus efeitos internos, assim como interpretar e explicitar conceitos jurídicos indeterminados, legais ou constitucionais, desde que não inove no ordenamento jurídico, tendo em vista que esse exercício também não pode invadir a esfera atuação do legislador⁷².

Dessa maneira, fala-se que a participação popular e a justiça material “propuseram-se princípios e valores da Constituição, não mais a submissão da Administração à legalidade formal”⁷³, em substituição de uma Administração Pública burocrática por uma Administração Pública gerencial no Estado Regulador⁷⁴. No entanto, apesar do modelo formalista ser insuficiente, frisa-se que no Estado Democrático de Direito o princípio da legalidade denota que obrigatoriamente a ação da Administração deve ser conforme o ordenamento jurídico, significando que a mesma não pode fazer nada senão o que a lei determinar⁷⁵, nascendo a necessidade do controle judicial nas políticas públicas: “ergue-se o edifício majestoso do sistema de garantias jurisdicionais dos cidadãos, perante atuação ilegal ou ilícita da Administração”⁷⁶.

⁶⁸ ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. 3 ed. London: Laccademia Publishing, 2015, p. 6-7.

⁶⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 34.

⁷⁰ ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. 3 ed. London: Laccademia Publishing, 2015, p. 21.

⁷¹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.23.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 580-581.

⁷³ CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 8

⁷⁴ ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. 3 ed. London: Laccademia Publishing, 2015, p. 73.

⁷⁵ CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 12-13

⁷⁶ Ibid., p. 15.

No que tange à regulação estatal e as respectivas políticas desencadeadas pela sua prática, vale destacar que no sistema brasileiro a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁷⁷. Em outras palavras, o modelo adotado no Brasil corresponde ao de unidade de jurisdição, nos quais os atos administrativos praticados, tanto pela Administração direta como pela indireta, podem ser apreciados pelo Poder Judiciário, mesmo após a última instância administrativa⁷⁸.

Portanto, no estabelecimento de limites ao Poder Judiciário no controle de políticas públicas, torna-se necessário não apenas a imposição de medidas coercitivas e a decisão do caso em abstrato, mas também a criação de parâmetros mínimos a serem seguidos pelos implementadores, para que, de uma forma ou de outra, respeite-se a forma ordenada e o que foi garantido pela decisão judicial.

Levando em consideração que a atividade do Estado Regulador é dependente da conjuntura e qualquer interferência põe em xeque os “rumos tomados pela Administração Pública gerencial em prol da consecução dos direitos fundamentais”⁷⁹, deve-se evitar que o mesmo assuma o caráter eminentemente *Top-Down*, visto que este modelo põe em segundo plano o ponto de vista dos burocratas que serão responsáveis pela implementação da regulação e ainda joga os eventuais conflitos de políticas públicas para o crivo do Poder Judiciário.

Os critérios da extensão da mudança prevista e o nível de consenso acerca do assunto são capazes de contribuir para o diagnóstico de quanto os Poderes constitucionais estarão mobilizados e comprometidos com a produção de uma política pública. Isso denota que, como o Executivo e Legislativo não costumam se interessar por pautas controversas e impopulares, a *responsabilidade política* acerca desses assuntos tende a recair sobre o Judiciário. Desta maneira, as referidas variáveis possuem o objetivo de fazer previsões e oferecer recomendações políticas, permitindo a exploração de problemas que desencadeiam a não efetividade de *policies* que desenvolvem-se inicialmente na arena do governo central do Estado Regulador.

⁷⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2017, art 5º, inc. XXXV.

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 578-579.

⁷⁹ ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. 3 ed. London: Laccademia Publishing, 2015, p. 74.

2.3. RESOLUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A decisão política é resultado do jogo político. Porém, é completamente possível que a política seja desenvolvida em diversas arenas, posto que os três Poderes investidos na democracia brasileira são intérpretes da Constituição, possuem autonomia e alguma competência para decidir, e conseqüentemente, gerar alguma política pública.

Expõe-se que a tomada de decisão responsável por escolher determinada política pública em detrimento de outra é competência de deliberação advinda de votação no Legislativo ou da discricionariedade do Executivo:

A formulação de políticas públicas é um conjunto de processos, incluindo pelo menos: o estabelecimento de uma agenda; a especificação das alternativas a partir das quais as escolhas são feitas; uma escolha final entre essas alternativas específicas, por meio de votação no Legislativo ou decisão presidencial; e a implementação dessa decisão. (KINGDON, 2006, p. 221, trad. de Paulo César Nascimento).

Por isso, Poderes que possuem função política, não podem se absterem de debates que envolvem *hard cases*, considerando-se o papel dos mesmos para expressarem a “voz” do povo. Uma questão política pode até ser composta por justificativas técnicas, porém, é sempre dotada de argumentos morais, dado que a pluralidade presente nas sociedades alimenta a diversidade e discordância de opiniões⁸⁰. Um exemplo disso pode ser expresso pelo controverso tema do aborto: apesar da medicina fazer considerações acerca do debate – início da vida do nascituro, a divergência existe ao termos os favoráveis e contras ao projeto defendendo suas posições tão convictamente que dificilmente seria possível chegar a uma verdade aceita pelos dois lados. Assim, o acesso à arena que debate acerca de questões políticas e morais na sociedade precisa ser amplo, de modo que receba o maior número de informações e a decisão estabelecida seja a mais legítima possível.

Portanto, a construção de políticas públicas necessita da ação da coletividade que vise um consenso coercitivo acerca de direitos, ao considerar-se as *circunstâncias da política*: infinidade de opiniões divergentes⁸¹. O processo de deliberação política deve contemplar a

⁸⁰ “A diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais existentes em sociedades democráticas modernas não é uma mera condição histórica que logo passará; é um aspecto permanente da cultura pública de uma democracia. Nas condições políticas e sociais garantidas pelos direitos e liberdades básicos de instituições livres, pode surgir e perdurar uma grande diversidade de doutrinas abrangentes conflitantes e irreconciliáveis, mas razoáveis, caso já não existissem. É esse fato das sociedades livres que denomino o fato do pluralismo razoável.” RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 43.

⁸¹ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 101-102.

igualdade de manifestação entre os diversos segmentos da sociedade, uma vez que a legitimidade da decisão em um Estado Democrático de Direito também está na neutralidade do procedimento. Por isso, o processo democrático apresenta-se como modelo que oportuniza as diferentes visões de mundo de uma comunidade para firmar o compromisso escolhido pela maioria.

Contudo, o processo político democrático demonstra-se incapaz de encontrar verdades absolutas, haja vista que ainda haverá discordância moral na sociedade e a deliberação é apenas o resultado da *conjuntura* política à época anterior a sua promulgação. Isso denota a existência de um momento mais propício para que determinada política se desenvolva⁸², o que pode ser chamado de *janela de oportunidade*⁸³. Assim, apesar deste processo desencadear um resultado, a chance do conflito ainda persistir ainda é grande, visto que seu *output* – política pública – não representa o término das discordâncias, e, nesse sentido, o Estado Regulador deve continuar atualizando as leis para corresponder às expectativas e garantir os direitos das sociedades modernas.

O que importa na consecução de políticas públicas é que a democracia possibilita que todas as posições sejam oportunizadas igualitariamente durante este processo, sem permitir, *a priori*, o favorecimento de qualquer uma delas. Desse modo, a *premissa majoritária* passa a ser utilizada durante a deliberação de questões políticas, representando o desejo da maior parte dos eleitores. Isso explica o porquê dos Poderes Executivo e Legislativo serem os mais legitimados para resolver tais casos nas democracias. O cerne desses debates encontra-se em valores morais e princípios, de maneira que pouco interessa os argumentos técnicos ou jurídicos, pois nestas questões o que deve ser levada em conta é a vontade da população, nessa conjuntura manifestada pelas ações de seus representantes.

⁸² GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 29-31.

⁸³ *Policy Windows* ou *janela de oportunidade* é o resultado da convergência entre os fluxos dos problemas, das alternativas e da política (*problems stream, policy streams e politics streams*), o que favorece a deliberação do governo acerca de determinada política pública. KINGDON, John W. Juntado as Coisas. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgas.). **Políticas Públicas**. Volume I. Brasília: ENAP, 2006, p. 225-246.

3. INFLUÊNCIAS NO JULGAMENTO DE *HARD CASES*

Apesar de hodiernamente a atuação do Supremo Tribunal Federal ter ganhado protagonismo na decisão de matérias políticas, a proteção de direitos fundamentais “constitui a principal função da legislação moderna e envolve o espírito de grupos de interesses nas necessárias ações do governo”⁸⁴, devendo a justiça apenas manter o equilíbrio entre eles⁸⁵. A constante análise de *hard cases* por tribunais constitucionais não é um fenômeno que só ocorre no Brasil, o que torna necessário a análise dos fatores que podem influenciar o controle judicial das políticas públicas.

3.1. NEOCONSTITUCIONALISMO

Antes de discorrer acerca do Neoconstitucionalismo, é preciso distinguir regras de princípios. As regras indicam normas descritivas, nas quais os princípios já foram ponderados pelo legislador e seus efeitos previstos, sendo que sua aplicação não demanda a escolha do comportamento que deve ser seguido, uma vez que basta aferir o cumprimento – ou não – das regras para que os juízes possam fundamentar suas decisões⁸⁶. Por outro lado, os princípios possuem o caráter de moralidade política e de determinada pretensão imediata, precedendo as regras e exigindo o estabelecimento de uma política pública capaz de orientar o agir coletivo para que sejam respeitados⁸⁷, mas que “solucionam casos não previstos, permitem a compreensão de textos esparsos e conferem certa segurança aos cidadãos, quanto à extensão de direitos e deveres”⁸⁸ a fim de regular a atividade administrativa.

A concepção do Neoconstitucionalismo não é única, e até autores que se autodeclaram adeptos a esta doutrina divergem, em alguma medida, sobre sua definição, como o jurista Daniel Sarmento (2011, p. 73-79) e o eminente Min. Luis Roberto Barroso (2007, p. 209-215), mas que elencam diretrizes para conceituá-lo: textos constitucionais axiológicos e com

⁸⁴ Tradução livre de HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Indianapolis: Liberty Fund, 2001, nº 10, p. 44

⁸⁵ Ibid., p. 44.

⁸⁶ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 165.

⁸⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180.

⁸⁸ CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 11.

elevada abstração, que demandam a interpretação a partir de princípios, de modo a reconhecer a expansão do Judiciário para assegurar o cumprimento de direitos fundamentais. Sinteticamente, Jorge Galvão (2014, p. 59, grifo nosso) enuncia:

o Neoconstitucionalismo é um modo específico de enxergar o Direito, no qual se valoriza o papel dos juízes na concretização das promessas contidas no texto constitucional, sendo inequivocamente uma teoria que busca influenciar o comportamento dos atores jurídicos.

Ainda para esclarecer o Neoconstitucionalismo, frisa-se sua defesa em prol de medidas judiciais capazes de garantir a proteção de direitos fundamentais, caracterizando-se por transformar “toda questão jurídica em questão constitucional, [e] exigindo a ponderação entre vários direitos supostamente em confronto”⁸⁹. Assim, a referida doutrina surge, principalmente, frente à mudança da realidade social em que o processo político ordinário não se demonstra hábil a desempenhar⁹⁰, desvalorizando, nesse sentido, a *dimensão da adequação*, e prestigiando a *dimensão da justificação*, que é política, para que haja, pela preponderância dos princípios em relação às regras, a prospecção da transformação social pretendida pelos juízes neoconstitucionalistas⁹¹.

Posto isso, considera-se importante discorrer sobre a legitimidade do neoconstitucionalismo, que possui a pretensão de controlar judicialmente as políticas públicas, via direitos fundamentais, para definir metas políticas e corrigir as escolhas de agentes políticos eleitos⁹². Assim, Jorge Galvão (2014, p. 170, grifo nosso) expressa:

Em síntese, para a doutrina neoconstitucional, a atividade jurisdicional deve se imiscuir na análise do mérito das políticas públicas adotadas tendo como fito a melhor forma de redistribuição de renda como meio de concretização de direitos fundamentais, utilizando-se, para tanto, das normas programáticas que ganham eficácia normativa.

O neoconstitucionalismo possui mais afinidade com decisões fundamentadas em conceitos substantivos, uma vez que possibilitam maior liberdade de ação aos magistrados⁹³, que diante das diversas obrigações sociais compreendidas no *Welfare State*, utilizam-se princípios para tentar satisfazer legítimos interesses da coletividade: desenvolvimento e

⁸⁹ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 100.

⁹⁰ Ibid., p. 60-63.

⁹¹ Ibid., p. 163.

⁹² MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A invasão da Constituição**. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 144.

⁹³ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 164-166.

justiça social⁹⁴. Dessa forma, o neoconstitucionalismo pode se configurar como movimento inacabado que autoriza a discussão de valores controvertidos em uma sociedade pluralista, que utiliza-se da competência das outras esferas de Poder para firmar objetivos políticos, isto é, tais juízos podem acabar orientando-se pelos valores dos próprios julgadores⁹⁵.

Por isso, atualmente, pode-se afirmar que o neoconstitucionalismo aproxima-se do ativismo judicial, uma vez que além de se valer da judicialização da política, permite a proatividade de juízes para agirem de acordo com determinado fim, preocupando-se, sobretudo, com os resultados, e desconsiderando os compromissos institucionais que já foram estabelecidos, mesmo na busca de cumprir o caráter social da Constituição brasileira. Ainda mais inquietante, é o fato de tal doutrina firmar-se em amplas bases legais, deixando a cargo de tribunais a escolha de políticas públicas que presumem serem as melhores para a sociedade, pondo em xeque os princípios democráticos e harmonia entre Poderes ao disporem da *dimensão da justificação* e de *argumentos de política* em decisões judiciais.

3.2. DECISÕES *FORTES* X DECISÕES *FRACAS*

A *constitucionalização do direito* enseja maior controle da Administração Pública e judicialização das políticas públicas, o que torna importante a observância da igualdade de participação no processo político, uma vez que é possível a insuficiência de recursos financeiros por parte de atores sociais para que possam defender seus interesses na política pública analisada pelo Poder Judiciário, predispondo a geração de desequilíbrios no procedimento democrático⁹⁶.

Um exemplo recorrente da iniquidade de participação política entre cidadãos, causado pela disparidade de condições entre os agentes interessados para influenciar determinada política pública, reside na judicialização da saúde: enquanto um indivíduo tem amparo jurídico para obter um leito de UTI em um hospital sem vagas, de outro lado, a pessoa desassistida pende para o caminho da morte, pois seu direito à saúde foi retirado por força de uma decisão judicial a favor de *outrem*; no mesmo sentido, exemplifica-se o cidadão que, via prestação jurisdicional, consegue o fornecimento de remédios em detrimento da aplicação

⁹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 55.

⁹⁵ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 170.

⁹⁶ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University, 2008, p. 229.

desses recursos orçamentários na construção de hospitais ou na contratação de médicos, a fim de melhorar a política pública de saúde que será usufruída por toda sociedade.

A questão remete-se a *representação argumentativa*⁹⁷ da jurisdição constitucional, que para ser legítima necessita-se de (i) argumentos válidos e (ii) de pessoas racionais e dispostas para aceitá-los como corretos. Em outras palavras, a livre inclusão de cidadãos no processo de deliberação de políticas públicas por uma Corte Constitucional é essencial, posto que só assim respeita-se o aspecto democrático do Estado de Direito. Cite-se o caso da judicialização do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal, no qual contribuições de uma audiência pública possibilitaram “traçar parâmetros para as decisões judiciais nessa seara”⁹⁸. Salienta-se, todavia, que audiências públicas não servem como mecanismo para legitimar *a priori* a atividade do Judiciário nas políticas públicas, visto que, na prática, o julgamento não necessariamente será mais democrático⁹⁹.

As decisões *fortes* – *strong-form judicial review* – remetem àquelas mais agressivas, em que os tribunais deliberam, coercitivamente, diante das várias possibilidades de como o dinheiro público pode ser aplicado, a exemplo da decisão que legitima que o Poder Judiciário determine obras emergenciais em presídios ao Executivo¹⁰⁰ e dos supracitados casos da judicialização da saúde. As constituições modernas, ao reconhecerem direitos fundamentais, entregam enorme poder de discricionariedade às legislaturas para decidir como os mesmos serão cumpridos, que diante da ausência de condições mínimas para sua efetiva fruição, as cortes acabam tendendo a proferir decisões *fortes*, posto que, como tais direitos requerem a criação de determinado programa de competência do governo, é necessário que se façam *trade-offs* entre princípios para obter resultados “palpáveis”¹⁰¹. Por isso, Mark Tushnet (2008, p. 230-231) levanta o cuidado que deve ser tomado: quando a Constituição impõe obrigações

⁹⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 162-165.

⁹⁸ LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. As audiências públicas no STF: mero instrumento de legitimação formal? In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 508-509.

⁹⁹ Ibid., p. 524

¹⁰⁰ “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581**. Brasília, DF, 13 ago. 2015 p. 72. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em 5 set. 2017.

¹⁰¹ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University, 2008, p. 233.

políticas ou morais ao parlamento para assegurar direitos fundamentais, não será necessariamente o Poder Judiciário que irá exigir o cumprimento desses direitos.

No que concerne às decisões *fracas* – *weak-form judicial review*, exemplifica-se o emblemático caso *Brown VS. Board of Education*¹⁰² ocorrido nos Estados Unidos, em que, mesmo contra a opinião pública, optou-se pela política de desegregação racial nas escolas públicas, devendo a miscigenação ocorrer com a maior rapidez possível. Contudo, para remediar a situação, a Suprema Corte dos EUA adotou o critério “*all deliberate speech*”¹⁰³, visto que acreditava-se em uma implementação gradual para não desencadear resistência da maioria da população ainda racista¹⁰⁴. Diante do complexo caso, a Suprema Corte norte-americana passou a acompanhar a implementação da política pública desencadeada pela sua deliberação que provocara extensas mudanças no sistema educacional estadunidense:

Cite-se, como exemplo, a necessidade de adaptação do serviço de transporte escolar, que teve que redesenhar e ampliar suas rotas, com incremento de despesas, visto que, a partir da decisão, alunos de bairros negros passariam a frequentar aulas em bairros de brancos, e vice-versa. (GALVÃO, 2016).

As denominadas decisões *fracas* possuem característica de requerer aos oficiais do governo o desenvolvimento de um plano de política pública – em prazo curto, mas não determinado – para ser retificado pela corte de justiça e só depois implementado¹⁰⁵. É nesse ponto que o sucesso dessa deliberação da Suprema Corte dos EUA é atribuído: interlocução, interação e negociação ajustadas entre as autoridades locais e a Justiça Federal¹⁰⁶.

Deve-se destacar que o papel da sociedade civil é de extrema importância para subsidiar e suplementar a ação de um sistema político deficiente¹⁰⁷. Assim, alude-se a ideia da necessidade de interação entre os diversos segmentos sociais e os agentes públicos para que a mudança constitucional seja melhor conduzida e que as políticas públicas possam ser mais

¹⁰² A cláusula de igual proteção contida na 14ª Emenda na Constituição dos EUA proibiu que os Estados segregassem os estudantes de escolas públicas com base na raça. Isso marcou o fim da doutrina “separate, but equal”, que permitia tal segregação se as instalações e outros fatores “tangíveis” da educação fossem iguais. *Brown VS. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em: 12 set. 2017.

¹⁰³ Tradução livre: todo discurso previamente deliberado.

¹⁰⁴ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University, 2008, p. 248.

¹⁰⁵ Ibid., p. 248.

¹⁰⁶ GALVÃO, Jorge. *Juízes podem contribuir na concretização do direito à educação?* IDP: Observatório da Jurisdição Constitucional, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-25/observatorio-constitucional-juizes-podem-contribuir-concretizacao-direito-educacao>>. Acesso em: 12 set. 2017.

¹⁰⁷ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University, 2008, p. 253.

eficientes em contextos democráticos¹⁰⁸, tendo em vista que decisões *fracas* são capazes de propiciar maior adequação para a ação pública voltada à implementação da *policy* e ainda podem possuir caráter provisório¹⁰⁹.

Com propósito de aumentar as chances de sucesso de uma política pública tão controvertida, como no caso *Brown*, é necessário que haja extensas discussões públicas para captar os efeitos que irão ser causados em decorrência da alternativa a ser escolhida pelo Judiciário, de forma que o direcionamento mínimo aos implementadores seja garantido e viabilizado. Dessa maneira, tem-se que as Constituições e a sociedade não deveriam reconhecer as *fortes* decisões proferidas pelas Cortes, posto que essas medidas comportam aspectos políticos de que os tribunais não possuem competência nem capacidade para desempenhar independentemente¹¹⁰.

Em função disso e da permanente mudança de concepções de uma sociedade pluralista, idealiza-se que as políticas constitucionais sejam construídas através de discursos construtivos, progressistas e inovadores. Posto isso, é importante frisar a necessidade da relativização do crivo final em uma Corte Constitucional, ainda mais quando o julgamento envolver questões políticas ou técnicas, tendo em vista que uma decisão judicial pode ser flexível, transitória e não impedir o desenvolvimento de políticas públicas por governos eleitos pautados pela especialidade.

3.3. ATUAÇÃO DE JUÍZES EM POLÍTICAS PÚBLICAS

Apesar da competência ordinária dos Poderes Executivo e Legislativo em produzir políticas públicas e do controle judicial neste âmbito – incluídos os *hard cases*, a atividade jurisdicional tem se transformado de uma maneira na qual passa a criar o Direito em abstrato e até impor políticas públicas ao decidir acerca de funções típicas dos demais Poderes¹¹¹.

¹⁰⁸ “a compreensão dos papéis e práticas argumentativas que orientam as interações entre cidadãos e oficiais em questões concernentes à interpretação constitucional.” SIEGAL, Reva B. **Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the facto ERA**. New Haven: Yale School Law, Faculty Scholarship Series, Paper 1097, 2006, p. 1325.

¹⁰⁹ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University, 2008, p. 261-264.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 258.

¹¹¹ BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. Brasília: Revista Informação Legislativa, Senado Federal, Ano 51, Número 201, 2014, p. 74.

Do ponto de vista *dworkiano*, as decisões de *hard cases* devem ser pautadas pela *leitura moral*, capaz de orientar à resposta justificável e imparcial, em que independentemente de seus interesses, o tomador de decisão é capaz de julgar corretamente, isto é, tem o dever de decidir de acordo com a moralidade da sociedade como um todo¹¹², o que muito se aproxima do pensamento *kantiano* de *imperativo categórico*¹¹³. Diante disso, pressupõe-se a *comunidade de princípios*, na qual o juiz, possuindo condições de isenção (mandato fixo e cargo não eletivo) para fazer julgamentos construtivos, tem o compromisso moral de garantir a igualdade política, mesmo que tenha que ir contra a *premissa majoritária* ao “enfraquecer o senso público da comunidade em virtude do senso comum aventureiro”¹¹⁴.

É nesse caminhar que a melhor decisão é aquela que analisa todos os atos deliberados pelo Estado e estabelecidos pela sociedade – respeitando a *integridade do direito*¹¹⁵, transformando a técnica hermenêutica da *leitura moral* em uma decisão jurídica, que surtirá efeitos de políticas públicas. Logo, a moral *dworkiana* vincula-se à *responsabilidade política*, ao passo que não há dúvidas que a decisão é política, e ainda pode expressar a *dificuldade contramajoritária*, posto que o intérprete deverá proferir a melhor decisão possível independentemente da opinião da maioria, ao contrário da *responsabilidade popular*, que tende a carregar os preconceitos da sociedade.

Elucida-se também que a participação moral de uma comunidade política é determinada por condições democráticas que envolvem a estrutura e a relação¹¹⁶. Por isso, a “verdadeira comunidade política” deve oportunizar convicções consolidadas de ética e política, de maneira que seja proporcionada a formação de cidadãos, morais e independentes, capazes de formar convicções individuais¹¹⁷.

¹¹² DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Havard University Press, 1996, p. 26.

¹¹³ “O imperativo categórico é, pois, um só e precisamente este: Procede apenas segundo aquela máxima, em virtude da qual podes querer ao mesmo tempo que ela se torne lei universal.” KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 421.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution**. Tradução livre. Cambridge: Havard University Press, 1996, p. 29.

¹¹⁵ “O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse a rede como um todo”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 294.

¹¹⁶ As condições estruturais estão ligadas ao processo histórico-cultural de uma sociedade, determinando o que ela deve dar para ser considerada uma “verdadeira comunidade política”. As condições de relação remetem a independência moral de todos os membros de uma comunidade, de modo que haja igual oportunidade de participação na política. DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**. Trad. Marcelo Brandão Cipólia. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 37.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 40.

A crítica reside no fato de que a discussão pública é melhor desenvolvida no ambiente do Legislativo do que no Judiciário, visto que a população é propensa a estar mais engajada e mobilizada para deliberar, ao considerar a amplitude do acesso às arenas políticas. No entanto, defende-se que não necessariamente a premissa majoritária será de capaz de gerar as melhores decisões para o todo de uma comunidade, tendo em vista que não há vínculo entre a participação dos cidadãos e o retorno benéfico da deliberação, além de que as decisões que envolvem questões morais e abstratas devem depender de princípios e não da estatística para manter a balança política equilibrada¹¹⁸. Assim, Dworkin (2006, p. 47) finaliza sua preocupação com a *premissa majoritária*:

mesmo quando o debate é esclarecedor, o processo majoritário estimula a adoção de soluções meio-termo que põem em segundo plano importantes questões de princípio.

Neste capítulo, conclui-se que, apesar da idealização da *leitura moral* de Dworkin e do *weak-form judicial review* de Tushnet, a permanente discordância de valores na sociedade plural, a *constitucionalização do direito*, a consequente publicização de princípios e o controle judicial de políticas públicas assentado em bases legais amplas fazem com que os intérpretes da Constituição resolvam os *hard cases* com decisões orientadas por vários argumentos diferentes, tendo em vista a influência de aspectos como lugar, momentos, agentes, arena de decisão e caso concreto. Tudo isso possibilita o exercício expansivo do Poder Judiciário, como no neoconstitucionalismo, visto que apesar das políticas públicas terem, necessariamente, sede na legalidade, mas que com a ampliação do controle judicial, utiliza-se frequentemente a legalidade substancial, o que põe em xeque sua legitimidade para deliberar sobre textos axiológicos inseridos nas Constituições modernas.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**. Tradução: Marcelo Brandão Cipólia. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 46-47.

4. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O *estado de coisas institucional* foi melhor estabelecido a partir de um julgado da Corte Constitucional colombiana¹¹⁹, configura-se como ferramenta de proteção aos direitos fundamentais e possui fundamentos na filosofia política de John Rawls (1993, p. 229-237), que propôs a ideia do *social minimum*¹²⁰ como componente essencial de uma Constituição, apto de ser controlado pelo *judicial review*¹²¹:

A Corte reconhece a prioridade dos poderes políticos, mediante políticas públicas e normas orçamentárias, de darem efetividade à condições de vida digna. No entanto, deixa claro que, sob circunstâncias de omissão reiterada, ela pode interferir para que os problemas existentes entrem na agenda do governo. (CAMPOS, 2016, p. 159).

Assim, segundo a referida doutrina, legitima-se a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas na medida em que os direitos das minorias estão sujeitos à *tiranía da maioria*¹²².

4.1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, interposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) perante o Supremo Tribunal Federal, buscou o reconhecimento da violação massiva de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro e a adoção de medidas para que tal realidade fosse combatida. O principal objeto da ação, *estado de coisas institucional*, é realizado na esfera dos direitos fundamentais, havendo o descumprimento generalizado de obrigações positivas pelo Estado: alimentação, saúde, seguridade social, integridade física e moral, educação, trabalho, saneamento básico e acesso à jurisdição, ou seja, aqueles que decorrem do preceito fundamental mor – dignidade humana.

¹¹⁹ Sentencia T-025 da Corte Suprema de Justicia de Colombia de 22/01/2004.

¹²⁰ Condições existenciais ou sociais mínimas para que os cidadãos possam exercer suas liberdades e direitos básicos.

¹²¹ RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993, p. 229-237.

¹²² Procedimentos legislativos que podem ocasionar na opressão e violação de direitos de grupos minoritários, dado que sua organização é feita com base na premissa majoritária. WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. In: BIGONHA, Antonio; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Trad. Adauto Vilela e Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 145-148.

Verifica-se que o *estado de coisas inconstitucional* acontece em virtude das falhas do ciclo de políticas públicas¹²³, em que o Poder Judiciário encontra no controle constitucional legitimação para imiscuir-se na política pública carcerária ao fazer sua avaliação, o que faz iniciar um novo *policy cycle*: constatação do problema público, formulação de soluções, tomada de decisão, implementação e, novamente, avaliação, justificando-se pela correção da violação de direitos fundamentais causada pela desigualdade de participação política no processo democrático¹²⁴.

Retomando a análise acerca do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347, foi alegado, pelo PSOL, a inobservância do direito à audiência de custódia pelo Poder Judiciário¹²⁵ e o contingenciamento de recursos do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen – por parte da União, que deveriam ser repassados aos Estados. O demandante, por sua vez, ressaltou que o abuso das prisões é uma das causas da superlotação, favorecendo a dominação de facções criminosas nas instituições prisionais, consideradas como “escolas do crime”, o que afasta a possibilidade da função da pena ser cumprida – ressocializar o preso, e que mesmo diante disso, as autoridades públicas e a sociedade brasileira têm conhecimento da precária situação, e nada fazem para, ao menos, amenizar a “cultura do encarceramento”¹²⁶. Da forma exposta, o requerente, PSOL:

Assevera que a situação retratada decorre de falhas estruturais em políticas públicas, de modo que a solução do problema depende da adoção de providências por parte dos diferentes órgãos legislativos, administrativos e judiciais da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Menciona que o quadro configura o que a Corte Constitucional da Colômbia denominou de “estado de coisas inconstitucional”, sendo, ante a gravidade, indispensável a intervenção do Supremo, no exercício do papel contramajoritário

¹²³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 162.

¹²⁴ FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, maio/jun/jul. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-18-maio-2009-felipe-melo.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2017.

¹²⁵ “consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. (...) Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. (...) A implementação das audiências de custódia está prevista em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose.” BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 19 set. 2017.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**, Min. Relator Marco Aurélio, julgada em 09/09/2015, inteiro teor do acórdão publicado no *DJe* de 09/09/2015, p. 11.

próprio das cortes constitucionais, em proteção da dignidade de grupos vulneráveis.¹²⁷

Representado pelo advogado Daniel Sarmiento, o PSOL fez oito pedidos na ADPF nº 347. Todavia, foi deliberado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal o deferimento apenas das alíneas “b” e “h” constantes no pedido¹²⁸:

b) para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;

h) determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Da forma decidida, reconheceu-se o *estado de coisas inconstitucional* no sistema carcerário brasileiro, visou-se, nas alíneas “b” e “h”, evitar prisões arbitrárias ou injustificadas, melhorar as condições dos atuais internos e reduzir o número de presos no futuro, objetivando, assim, a extinção da grave situação sofrida por estes grupos minoritários. Posto isso, salienta o Min. Luiz Fux em seu voto na referida ADPF:

Então, aqui, cita-se como exemplo a corte colombiana, que efetivamente é uma corte que tem dado ênfase a essa implementação de políticas públicas. Entendo que cabe, sim, ao Judiciário, num estado de inércia e de passividade em que os direitos fundamentais não estão sendo cumpridos, interferir.¹²⁹

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes fez alusão ao célebre caso *Brown v. Board of Education*, no qual o Tribunal Constitucional norte-americano exerceu um importante papel na implementação das políticas públicas necessárias para a dessegração racial nas escolas estado-unidenses. Dessa forma, o eminente Ministro frisa a relevância da participação do Supremo Tribunal Federal na política carcerária e chama, para a referida Corte, a *responsabilidade política* de monitorar as ações dos demais Poderes, possibilitando que a solução encontrada possa ser ajustada e que os efeitos da decisão não sejam pouco significativos¹³⁰. Afere-se, portanto, a competência atípica dos tribunais para supervisionar o cumprimento da decisão, uma vez que a doutrina do *estado de coisas inconstitucional* reclama por ordens capazes de transformar a interação entre os atores envolvidos, significando que a

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**, Min. Relator Marco Aurélio, julgada em 09/09/2015, inteiro teor do acórdão publicado no *DJe* de 09/09/2015, p. 12, (grifo nosso).

¹²⁸ Ibid., p. 209-210.

¹²⁹ Ibid., p. 113, (grifo nosso).

¹³⁰ Ibid., p. 133.

formulação da política pública deve ser acompanhada da interlocução entre as instâncias públicas implicadas.

Na medida em que as cortes se esforçam para monitorar a implementação de políticas públicas que garantam os direitos de indivíduos que não tem espaço na política, necessita-se que as decisões sejam flexíveis, integrem o repasse periódico de informações, contem com o acompanhamento de especialistas e da sociedade civil, e promovam o diálogo, a fim de possibilitar o constante reajuste¹³¹. Isso posto, tem-se que a interferência do Poder Judiciário no ciclo de políticas públicas é tida legítima, de modo geral, nos casos que impedem a proteção igualitária de direitos nas democracias¹³². Assim, para alcançar a superação do *estado de coisas inconstitucional* presente nos presídios do Brasil, deve haver planejamento entre os Poderes Públicos envolvidos e a atuação conjunta do Estado Regulador, o que representa a interação entre burocratas a nível de rua e tomadores de decisão *Top-Down* para maximizar o sucesso da política pública implementada e minimizar sua judicialização.

4.2. EFETIVIDADE DA DECISÃO NO DISTRITO FEDERAL

O parâmetro constitucional utilizado, em 2015, na ADPF 347 é de que a realização de audiências de custódia no prazo determinado e o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional viabilizam o cumprimento dos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade, ao passo que a Suprema Corte brasileira, respeitando a separação de poderes, passa a ter habilidade para encontrar “decisões que limitam o escopo de normas constitucionais para adequá-las à realidade social concreta”¹³³. No entanto, verifica-se que estas medidas não são capazes de superar *estado de coisas inconstitucional* e que a política publica carcerária ainda precisa de muito desenvolvimento, tendo em vista que clama por recursos orçamentários, que já são escassos, e não depende somente do Poder Judiciário para que os direitos fundamentais sejam plenamente concretizados nos presídios brasileiros.

Para aferir a efetividade da política pública, na esfera do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), no que concerne à imposição de instituir o

¹³¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 200-203.

¹³² ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 102-103

¹³³ GALVÃO, Jorge. **Juizes podem contribuir na concretização do direito à educação?** IDP: Observatório da Jurisdição Constitucional, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-25/observatorio-constitucional-juizes-podem-contribuir-concretizacao-direito-educacao>>. Acesso em: 21 set. 2017.

“encaminhamento do preso à autoridade judicial para análise da necessidade da prisão e integridade física do preso”¹³⁴ em até 24 horas, foi necessária a busca e a análise de dados estatísticos relativos às audiências de custódia, a seguir:

Resultados das Audiências de Custódia (TJDFT) - 2016

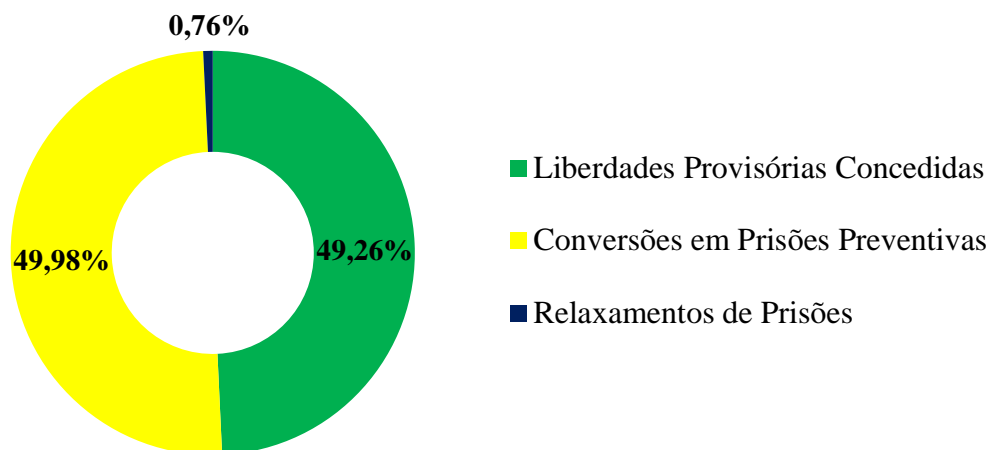


Gráfico: produção própria.

Fonte: Núcleo de Audiências de Custódia do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/corregedoria/produtividade/produtividade-nucleo-de-audiencias-de-custodia>>. Acesso em 21 set. 2017.

Importante salientar que o Núcleo de Audiência de Custódia (NAC) no âmbito do TJDFT foi instituído pela Portaria Conjunta nº 101 de 7 de outubro de 2015 e que o Distrito Federal foi a primeira unidade da federação a cobrir todo seu território, atendendo 100% dos presos em flagrante, dentro do prazo previsto, nas audiências de custódia, que funcionam todos os dias, inclusive nos feriados¹³⁵.

A partir do gráfico exposto, é possível perceber que, no ano de 2016, aproximadamente 50% das pessoas apresentadas às audiências de custódia não são presas preventivamente. Isso indica que 49,26% dos encaminhados respondem em liberdade e 0,76% sequer submetem-se à processo judicial. Tendo em vista que a totalidade dos presos em flagrante é encaminhada à audiência de custódia em até 24 horas no Distrito Federal, a implementação da referida política pública pode ser considerada bem-sucedida no que tange

¹³⁴ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT). **Audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil-1/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 21 set. 2017.

¹³⁵ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT). **TJDFT Institui Audiência de Custódia**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2015/outubro/tjdft-institui-a-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 21 set. de 2017.

ao procedimento que deve ser adotado em relação aos presos, ao acesso e à promoção de justiça, posto que evita-se prisões preventivas, ilegais ou desnecessárias, e a violação da integridade física e moral de detidos que podem ser submetidos à penas alternativas à reclusão, respeitando-se, agora, os Tratados Internacionais, firmados pela esfera política.

Quanto à efetividade da determinação imposta ao Poder Executivo para liberar o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) e para se abster de novos contingenciamentos, apurou-se que tais medidas não vinham ocorrendo como o decretado. Isso pode ser comprovado pelo questionamento da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ao Ministério da Justiça quanto aos recursos liberados aos Estados para o investimento no sistema penitenciário¹³⁶ e pelas ordens de repasse de verbas públicas do Funpen à Bahia e ao Ceará pelo relator da ADPF 347, Min. Marco Aurélio, que declarou:

A regra vigente é linear: cumpridos os requisitos legais, deve ser imediato o repasse da quota-parte do fundo a que tem direito o estado. É dizer, os valores financeiros em jogo são previamente partilhados de forma proporcional entre os entes federados, de modo que o montante a ser transferido a cada qual deve permanecer reservado a essa finalidade, surgindo imprópria destinação diversa.¹³⁷

Além disso, apesar da maioria dos Estados ter recebido 100% dos recursos em fundo próprio, o Distrito Federal e mais outras seis Unidades da Federação repassaram valores inferiores às contas abertas pelo Governo Federal destinadas ao Funpen, aos quais o Ministério da Justiça tem acesso, sendo notificados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), pois, sem justificativa de gasto, realizaram, parcialmente, contingenciamentos dos valores repassados¹³⁸. Explicando-se, o Governo de Brasília informou que: “já iniciou a recomposição dos recursos do Funpen na semana passada, e a expectativa é que até o fim do ano [2017] a situação esteja regularizada”¹³⁹.

¹³⁶RAMALHO, Renan. OAB pede ao Governo dados sobre recursos liberados para presídios. **G1**. Brasília, 19 out. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/10/oab-pede-ao-governo-dados-sobre-recursos-liberados-para-presidios.html>>. Acesso em: 22 set. 2017.

¹³⁷BRASIL. Ministro libera recursos do fundo penitenciário à Bahia e Ministro determina liberação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional ao Ceará. **Notícias STF**. Brasília, jun. e ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=347704>> e <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353534>>. Acesso em: 22 set. 2017.

¹³⁸MARIZ, RENATA. Governos retiram recursos do sistema penitenciário sem justificativas. **O GLOBO**. Brasília, 2 out. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/governos-retiram-recursos-do-sistema-penitenciario-sem-justificativas-21895522>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

¹³⁹Ibid.

O *efeito indireto*¹⁴⁰ da ADPF 347 encontra-se na Lei nº 13.500, sancionada em 26 de outubro de 2017, que dispõe sobre os procedimentos e percentuais das transferências de recursos orçamentários do Funpen, frisando o objetivo de proporcionar o financiamento dos programas de aprimoramento do sistema penitenciário nacional, sendo expresso, também, que o contingenciamento de recursos é vedado¹⁴¹. Assim, a efetividade da decisão que determinou o descontingenciamento do Funpen pode ser aferida não só pelos *efeitos diretos*¹⁴² da decisão judicial, mas também pela política pública considerada pelos Poderes Executivo e Legislativo: Medida Provisória 781/2017, posteriormente convertida na Lei nº 13.500/2017. Com isso, afere-se que a ADPF 347 propiciou não só novos argumentos e alternativas para a construção da política pública carcerária, mas serviu como precedente para melhor orientação da ação pública e a respectiva concretização dos direitos das minorias, independentemente da opinião pública.

Desse modo, o monitoramento de casos extraordinários e complexos por tribunais revela-se essencial¹⁴³, posto que atribui à estas decisões judiciais “a vantagem de permitir que a intervenção das cortes se ajuste ao faticamente possível”¹⁴⁴. Por isso, demonstra-se o que o acompanhamento dos tribunais nas políticas públicas é capaz de promover: identificar as deficiências das esferas de poder, estimular a participação política, mobilizar instituições sociais, controlar sua implementação, aumentar a probabilidade do êxito da tomada de decisão, possibilitar a constatação de irregularidades e omissões, e permitir o reajuste, quando adequado, para que a política pública prisional caminhe para a efetivação do seu principal propósito: extinguir o *estado de coisas inconstitucional*.

Contudo, tal acompanhamento deve ocorrer somente até o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais que estavam sendo massivamente violados, visto que foi isto que motivou a participação das cortes na política pública¹⁴⁵. Assim, quando há a superação do *estado de coisas inconstitucional*, a *responsabilidade política*, quanto à execução da medida

¹⁴⁰ Efeitos indiretos: não determinados pelo tribunal na decisão, podem incluir a formação de grupos de interesse para influir sobre o tema da sentença ou a transformação da opinião pública sobre a urgência e gravidade do problema. GARAVITO, César; FRANCO, Diana. **Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 24.

¹⁴¹ BRASIL. **Lei 13.500, de 26 de outubro de 2017**. Presidência da República: Brasília, art. 1º, *caput* e § 6º.

¹⁴² Efeitos diretos: aqueles que desencadeiam políticas públicas ordenados pela sentença ou a definição e percepção do problema como violação de direitos pela corte. GARAVITO, César; FRANCO, Diana. **Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 24.

¹⁴³ A exemplo do caso *Brown* e do estado de coisas inconstitucional.

¹⁴⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 209-210.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 211.

implementada e à concretização dos direitos ali consubstanciados, deve retornar à sua origem: Poderes Executivo e Legislativo.

4.3. LEGITIMIDADE E LIMITES DA ADPF 347

A primeira imposição da decisão da ADPF 347, audiências de custódia, foi devida ao descumprimento de Tratados Internacionais¹⁴⁶, isto é, tratava-se de uma política pública já deliberada pelos Poderes Legislativo e Executivo, uma vez que aceitou-se a vigência dessas normas no ordenamento jurídico brasileiro. Cumpre frisar que, para justificar a decisão, o Tribunal Constitucional brasileiro pautou-se pela invocação *argumentos de princípio* – direitos de minorias ou grupos vulneráveis – com objetivo de garantir, antes, durante e após a prisão, a dignidade da pessoa humana e extinguir a violação massiva de direitos fundamentais, mantendo-se adstrito à *dimensão da adequação*. No entanto, o cumprimento dessa medida foi facilitado devido à inexistência de conflitos entres Poderes distintos, apesar da relativa grandiosidade da mudança pretendida, uma vez que possui caráter interno e implica obrigações sobretudo ao Judiciário.

A segunda providência tomada pela Suprema Corte brasileira determinou, ao Ministério da Justiça, a proibição de novos contingenciamentos e a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, pela análise da política pública já decretada pelo Legislativo e sancionada pelo Executivo¹⁴⁷, que não estava sendo cumprida nos termos em que foi concebida. A legitimidade dessa interferência do Poder Judiciário pode ser encontrada no compromisso já estabelecido pelas esferas democráticas, que visa garantir a fruição dos direitos da população carcerária. No entanto, como a medida necessita da ação do Poder Executivo Federal e Estadual para sua concretização, a mesma torna-se mais dificultosa para ser implementada, tendo em vista são intérpretes da Constituição e não necessariamente há consenso entre os Poderes.

Dessa forma, por dois motivos o monitoramento judicial figura-se como necessidade na implementação de políticas públicas que almejam superar o *estado de coisas inconstitucional*: (i) ineficiência administrativa e na inércia legislativa brasileira para conduzir mudanças *estruturais* a fim de garantir direitos fundamentais de minorias; e (ii) carência de

¹⁴⁶ Artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁴⁷ Lei Complementar 79/1994.

legitimidade democrática do Poder Judiciário para decidir sobre políticas públicas; evidenciando-se que o acompanhamento judicial “além de assegurar a legitimidade democrática de sua intervenção, as cortes aumentam as chances de efetividade das decisões”¹⁴⁸.

Todavia, nota-se que, para isso, a Corte Constitucional incumbiu-se de identificar falhas estruturais, definir parâmetros e ações administrativas para a execução da política, alocar recursos públicos, coordenar as instituições governamentais envolvidas na implementação e controlar a efetividade dos resultados promovidos, exercendo, a partir da ADPF 347, funções típicas dos Poderes Executivo e Legislativo¹⁴⁹, ao inserir-se no *policy cycle*. Apesar do *estado de coisas inconstitucional* enquadrar-se como uma situação excepcional, sendo isso a legitimação de um controle judicial mais incisivo, ressalta-se que exercício de funções políticas pelo Judiciário deve ser pautado pela observância dos *checks and balances*, de tal forma que a referida atuação não se configure em *supremacia judicial*¹⁵⁰.

Assim, Carlos Alexandre Campos (2006, p. 241-242) indica a noção de diálogos institucionais como resposta à limitação da atuação dos tribunais em políticas públicas: “a corte pode ter a última palavra sobre um caso particular, mas, não necessariamente, acerca da questão constitucional que governa o caso”. Portanto, para evitar a *supremacia judicial* e garantir a legitimidade do Judiciário nos *hard cases*, o processo para consecução da política pública deve ser interlocutório com o propósito de, ao menos, conferir maior caráter democrático à decisão, de modo que a questão possa ser continuamente revisada.

A tese *weak courts, strong rights*, de Tushnet (2008), e a *leitura moral*, proposta por Dworkin (1999), também ensejam argumentos capazes de limitar o controle judicial nas políticas públicas. Deste modo, afere-se a legitimidade desse controle do Poder Judiciário brasileiro na ADPF nº 347, posto que: i) reconheceu a violação massiva de direitos fundamentais sofrida por grupos minoritários; ii) houve espaço para o processo interlocutório e surgimento de novas informações para que a política fosse melhor ajustada à realidade; iii) definiu que o Poder Judiciário deveria participar do ciclo das políticas públicas apenas temporariamente; iv) exerceu papel *contramajoritário*; v) foi feita sob *responsabilidade*

¹⁴⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 215.

¹⁴⁹ Ibid., p. 224.

¹⁵⁰ Supremacia judicial: “primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais”. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: FALLET, A.; PAULA, D.; NOVELINO, M. (Orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. JusPODIVM, 2011, p. 228.

política e não *responsabilidade* popular; vi) permaneceu adstrita aos atos estatais já deliberados – Tratados Internacionais e Lei Complementar 79/1994; vii) invocou *argumentos de princípio* e não *argumentos de política*; viii) tratou de ordens possíveis e executáveis; ix) não determinou a prioridade política que deve ser seguida, posto que não estabeleceu como os recursos orçamentários não vinculados ao Funpen deveriam ser aplicados; x) o crivo final foi compartilhado entre os três Poderes, mesmo o Judiciário configurando-se como autor de política *Top-Down*.

Dentre os limites do controle judicial nas políticas públicas considerados, reputa-se legítima a decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamentalesta nº 347, sendo uma manifestação do *weak-form judicial review*, em que o Supremo Tribunal Federal, a partir da *leitura moral* e como propulsor da democracia, trouxe ao debate público, explicitando o desrespeito à *dimensão da adequação* e por meio de *argumentos de princípio*, um tema que, até então, não merecia a menor atenção nas arenas políticas que detêm *responsabilidade popular*.

CONCLUSÃO

Apesar da dificuldade em definir fronteiras da atividade do Estado, a preocupação em respeitar o equilíbrio entre poderes e os valores democráticos não é em vão, ao considerar-se o presente protagonismo dos tribunais em matérias eminentemente políticas diante da competência ordinária dos Poderes Executivo e Legislativo de imiscuirem-se no ciclo de políticas públicas para concretizar direitos fundamentais. Incessantemente, questiona-se a legitimidade e os limites do controle, seja em decorrência da judicialização da política ou do ativismo judicial, do Poder Judiciário nas políticas públicas, que responsabiliza-se por atender às variadas ambições da Constituição.

A situação é ainda mais agravada pelo neoconstitucionalismo, que busca influenciar a ação de atores jurídicos com vistas a modificar a realidade social e que, para isso, atribui maior ênfase aos conceitos substantivos do que aos procedimentos para justificar sua atuação que não possui qualquer parâmetro. Desta maneira, salienta-se que o exercício do neoconstitucionalismo, como forma de manifestação do ativismo judicial, demonstra-se como risco a teoria dos *checks and balances* e ao fim do Estado de Direito, tendo em vista que mesmo com o “norte” dos princípios, o Poder Judiciário pauta-se pela abrangência da definição dos direitos fundamentais para justificar decisões, o que altera, substancialmente, o processo político democrático voltado para a consecução de políticas públicas.

O *policy cycle*, apesar de configurar um processo abstrato do desenvolvimento de políticas, limita a participação do Poder Judiciário, e permite distinguir a capacidade e legitimidade dos poderes políticos para influenciar as políticas públicas em cada uma de suas fases. Nota-se que os tribunais só podem deliberar acerca de determinado assunto quando forem legitimamente provocados, ou seja, restringe-se que os mesmos insiram qualquer assunto na agenda governamental, tomem a decisão e, ainda, implementem políticas públicas, apesar de assumirem a função de resguardar a Constituição, o que denota sua característica residual de analisar as políticas públicas ao controlar judicialmente a Administração Pública.

A sociedade plural constitui fator que confere relatividade ao crivo final acerca de questões constitucionais, e, por isso, não deve permanecer adstrita ao Supremo Tribunal Federal, posto que os três Poderes políticos serem intérpretes da Constituição.

O caráter predominante do Estado Regulador como fazedor de políticas *Top-Down* no Brasil é decorrente, sobretudo, de problemas *estruturais* e da incapacidade de influência da sociedade na atividade política. Ademais, a desconfiança no Parlamento e no Governo

Federal, o sistema político brasileiro, caracterizado por uma Constituição abrangente e por um modelo híbrido de controle de constitucionalidade, fazem com que haja transferência do poder de decisão de assuntos políticos para o Poder Judiciário, possibilitando ainda a proatividade de juízes, que encontram, supostamente, no *argumento da proteção de direitos* a legitimação para impor sua particular visão de mundo em uma sociedade plural.

A situação brasileira é ainda mais crítica, tendo em vista que grande parcela da sociedade carece do mínimo existencial, não é capaz de desenvolver livres convicções e de participar em condições iguais dos processos políticos. O resultado disso é que deposita-se no Poder Judiciário a esperança para solucionar os maiores problemas públicos. Grande ilusão! Como garantir que membros não eleitos irão obter as melhores informações, pautar-se pelos compromissos já estabelecidos pela sociedade, limitar-se à *dimensão da adequação* e aos *argumentos de princípio*, e, ainda, proferir decisões *fracas*? O entrave deste trabalho encontra-se aqui, apesar de tecer os supracitados limites, a avaliação do controle judicial nas políticas públicas deve ser aperfeiçoado e aferido através da prática e de casos concretos.

Surge, contudo, a doutrina do *estado de coisas inconstitucional* com vistas a garantir o princípio da dignidade da pessoa humana em situações de omissão persistente dos Poderes políticos para com as promessas constitucionais. Assim, diante de falhas no ciclo de políticas públicas, permite-se que o Poder Judiciário participe deste processo, a exemplo de seu controle e acompanhamento do sistema prisional brasileiro por meio da ADPF 347, que reconheceu a violação massiva de direitos fundamentais e impôs medidas para que sua superação fosse encaminhada. Desta maneira, a *responsabilidade política* voltou-se, essencialmente, ao Supremo Tribunal Federal, obrigando-o a monitorar a implementação da política pública até a plena extinção da “omissão inconstitucional” verificada. No entanto, como o Poder Judiciário carece de legitimidade democrática e é incapaz de solucionar independentemente falhas *estruturais*, necessita-se o uso do *weak-form judicial review* para que haja interlocução entre os atores que proferiram a política *Top-Down* e os burocratas que, efetivamente, irão implementá-la, a fim de maximizar o sucesso da decisão. Nesse sentido, considerando os limites dos tribunais em matéria política, o *estado de coisas inconstitucional* como excepcionalidade e o caráter provisório do crivo final judicial, o Judiciário brasileiro encontrou legitimidade e limites para controlar a política pública carcerária.

No que tange aos efeitos provocados pela ADPF 347 no contexto do Distrito Federal, tem-se que todos os presos em flagrante são apresentados, em até 24 horas, às audiências de custódia, que possibilitaram a redução, pela metade, da inicial “cultura do encarceramento” em 2016. Ademais, o Governo de Brasília recebeu toda sua quota, pelo Ministério da Justiça,

referente ao Funpen, apesar de utilizar parte dela com finalidade diversa ao sistema prisional. No entanto, a Lei Federal 13.500 promulgada em outubro de 2017 foi *efeito indireto* da decisão da ADPF 347, visto que nela está prevista expressamente a proibição do contingenciamento dos recursos orçamentários destinados ao Funpen, assim como a regulamentação de como devem ser repassados aos Estados federados.

Apesar da judicialização da política estar presente em quase todos os países ocidentais, o funcionamento da democracia brasileira é um caso à parte. O fato é que os gestores de políticas públicas têm pouca autonomia diante da ausência de limites para conter a atuação irracional de juízes. A situação ainda é agravada pelo mito de que o poder da “última palavra” pertence ao Tribunal Constitucional, pela falta de diálogo e pela esperança de que o Judiciário irá superar os problemas mundanos. Ao contrário, é na pluralidade que se deve apostar.

Alfim, tem-se que o controle judicial nas políticas públicas é fato intrínseco ao Estado de Direito e caracteriza-se por impedir o desgoverno de governos eleitos, estando cada vez mais visível no cenário de *Welfare States*, e evidenciando a necessidade de constante ajuste das políticas públicas feito entre membros do Judiciário e em implementadores, tendo em vista a minimização do desrespeito ao processo democrático e a maximização da efetividade da *policy*. No entanto, a assunção dessa função por tribunais possui limites: só deve ocorrer quando se tratar da análise de atos estatais já deliberados, com o requisito das decisões judiciais serem fundamentadas a partir de condições igualitárias de participação no processo político pela *dimensão da adequação* e da proteção dos direitos das minorias pelos *argumentos de princípio*, pautando-se, ainda, pelo *weak-form judicial review* e pela *leitura moral*. Cumpre frisar que necessita-se da formulação de um arranjo institucional capaz de harmonizar aquilo conquistado pelo Estado Social Democrático de Direito e da otimização e consolidação dos limites do controle judicial nas políticas públicas, a fim de que a democracia não dependa reiteradamente da virtude dos juízes, que não devem possuir maior *responsabilidade política* do que os próprios políticos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. 3. ed. London: Laccademia Publishing, 2015.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 12. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 314.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. **A constituiolanização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: FALLET, A; PAULA, D; NOVELINO, M (Orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Rio de Janeiro: [Syn]Thesis, vol. 5, nº 1, 2012.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. Brasília: Revista Informação Legislativa, Senado Federal, Ano 51, Número 201, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Liberalismo e Democracia**. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BRASIL. **Audiência de Cústódia**. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 19 set. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2017.

_____. **Lei 13.500, de 26 de outubro de 2017**. Brasília: Presidência da República, art. 1º, *caput* e § 6º.

_____. Ministro libera recursos do fundo penitenciário à Bahia e Ministro determina liberação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional ao Ceará. **Notícias STF**. Brasília, jun.

e ago. 2017. Disponível em:
 <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=347704>>
 e
 <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353534>>. Acesso em
 22 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**, Min. Relator Marco Aurélio, julgada em 27/08/2015, inteiro teor do acórdão publicado no *DJe* de 09/09/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581**. Brasília, DF, 13 ago. 2015, p. 72. Disponível em:
 <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em 5 set. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **Intervenção do Estado no domínio econômico – fundamento e objetivos**. Salvador: Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, v.16, jul/dez. 1991.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Justia US Supreme Court. **Brown VS. Board of Education of Topeka, 347 U.S 433 (1954)**. Disponível em:
 <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em: 12 set. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Havard University Press, 1996.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O Direito da Liberdade**. Tradução: Marcelo Brandão Cipólia. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Justice in Robes**. Cambridge: Havard University Press, 2006a.

DYE, Thomas. **Understanding Public Policy**. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall. 1984.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, maio/jun/jul. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-18-maio-2009-felipe-melo.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2017.

FREY, Klaus. **Análise de Políticas Públicas**: algumas reflexões conceituais e suas implicações para a situação brasileira. PPGSP/UFSC, Cadernos de Pesquisa, n.18, 1999.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Juízes podem contribuir na concretização do direito à educação?** IDP: Observatório da Jurisdição Constitucional, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-25/observatorio-constitucional-juizes-podem-contribuir-concretizacao-direito-educacao>>. Acesso em: 21 set. 2017.

GARAVITO, César; FRANCO, Diana. **Cortes y cambio social**: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

GILSON, Lucy. **Lipsky's Street Level Bureaucracy**. Chapter in Page E., Lodge M and Bala S. Oxford Handbook of the Classics of Public Policy. Oxford: Oxford University Press.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Rosina D'Angina. 1ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JENKINS, William. Policy Analysis. **A Political and Organization Perspective**. Londres: Martin Robertson, 1978.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional.

KINGDON, John W. Como chega a hora de uma ideia? In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). Trad. Paulo César Nascimento. **Políticas Públicas**: coletânea. Volume I. Brasília: ENAP, 2006.

_____. Juntado as Coisas. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). Trad. Paulo César Nascimento. **Políticas Públicas**. Volume I. Brasília: ENAP, 2006.

LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. As audiências públicas no STF: mero instrumento de legitimação formal? In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MAQUIAVEL. Nicolau. **O Príncipe**. Trad. Afonso Teixeira Filho. São Paulo: Madras, 2016.

MARIZ, RENATA. Governos retiram recursos do sistema penitenciário sem justificativas. **O GLOBO**. Brasília, 2 out. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/governos-retiram-recursos-do-sistema-penitenciario-sem-justificativas-21895522>>. Acesso em: 7. Nov. 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15. ed. São Paulo: RT, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Barão de Secondat. **Do espírito das Leis**. 3. ed. Tradução: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: A invasão da Constituição. São Paulo: Editora Método, 2009.

MOREIRA, Vital. Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional. In: SOUSA E BRITO, José de, et al. **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**. Lisboa: Coimbra Editora, 1995.

PETERS, B. G. **American Public Policy**. Chatham, J.: Chatham House. 1986.

RAMALHO, Renan. OAB pede ao Governo dados sobre recursos liberados para presídios. **G1**. Brasília, 19 out. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/10/oab-pede-ao-governo-dados-sobre-recursos-liberados-para-presidios.html>>. Acesso em: 22 set. 2017.

RAMOS, L; CUNHA, L; OLIVEIRA, F; SAMPAIO, J; BUENO, R; ÚBIDA, G. **Relatório ICJBrasil 1º semestre/2017**. São Paulo: FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS DIREITO SP, 2017.

RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

_____. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RUA, Maria das Graças. A Implementação de Políticas Públicas. In: RUA, Maria das Graças; ROMANINI, Roberta. **Para Aprender Políticas Públicas**. Brasília: IGEPP, v.1, 2013.

_____. **Políticas Públicas**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; Brasília: CAPES: UAB, 2009.

SANTOS, Fabiano. Poder de atração, complexidade institucional e processo decisório. In: MANEGUELLO, R. (Org.). **O Legislativo brasileiro: funcionamento, composição e opinião pública**. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Comunicação Social, 2012.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. . In: FALLET, A; PAULA, D; NOVELINO, M (Orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SIEGAL, Reva B. **Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the factio ERA**. New Haven: Yale School Law, Faculty Scholarship Series, Paper 1097, 2006.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45. Disponível em: www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16. Acesso em 22 ago. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). **Audiência de Custódia**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil-1/audiencia-de-custodia>. Acesso em 21 set. 2017.

_____. **TJDFT Institui Audiência de Custódia**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2015/outubro/tjdft-institui-audiencia-de-custodia>. Acesso em 21 set. 2017.

_____. **Núcleo de Audiências de Custódia do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/corregedoria/produktividade/produktividade-nucleo-de-audiencias-de-custodia>. Acesso em 21 set. 2017.

TORRES, Alberto. **O problema nacional brasileiro: introdução a um programa de organização nacional**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1914

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. Princeton: Princeton University, 2008.

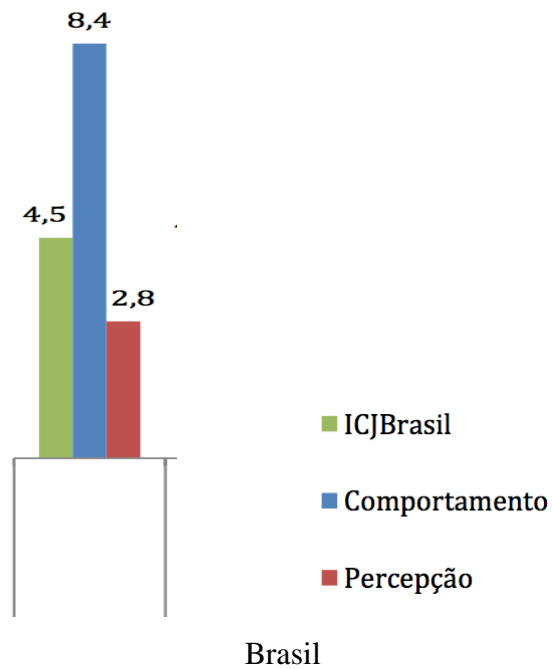
VAN METER, Donald S. VAN HORN, Carl E. The Policy Implementation Process: a conceptual framework. **Administration & Society**, Ohio State University, February 1975. Sage Publications, Vol. 6, n. 4.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. In: BIGONHA, Antonio; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Trad. Adauto Vilela e Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

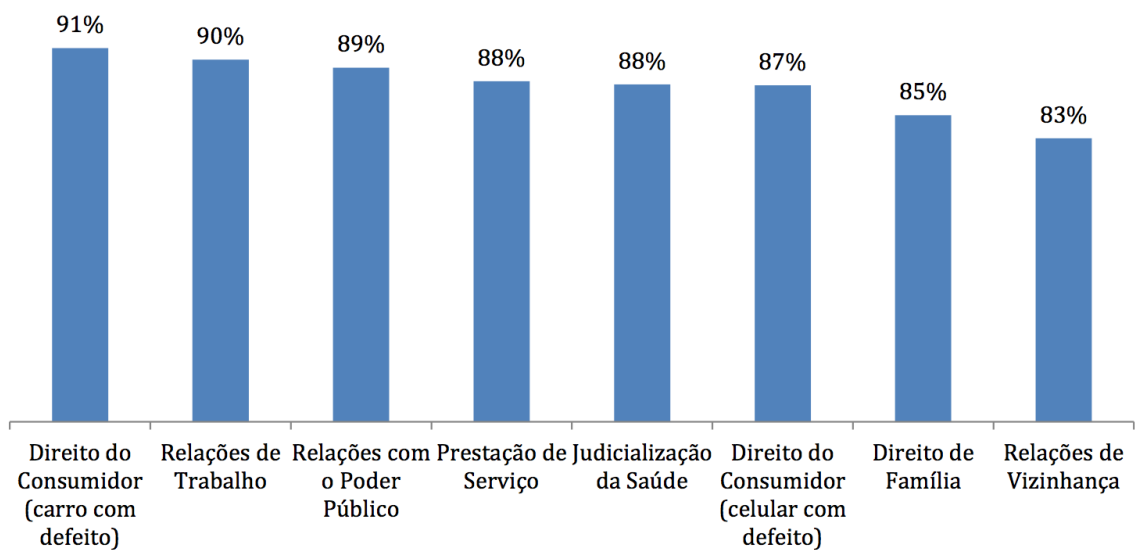
ANEXOS

ANEXO A – ÍNDICE DE CONFIANÇA NA JUSTIÇA NO BRASIL



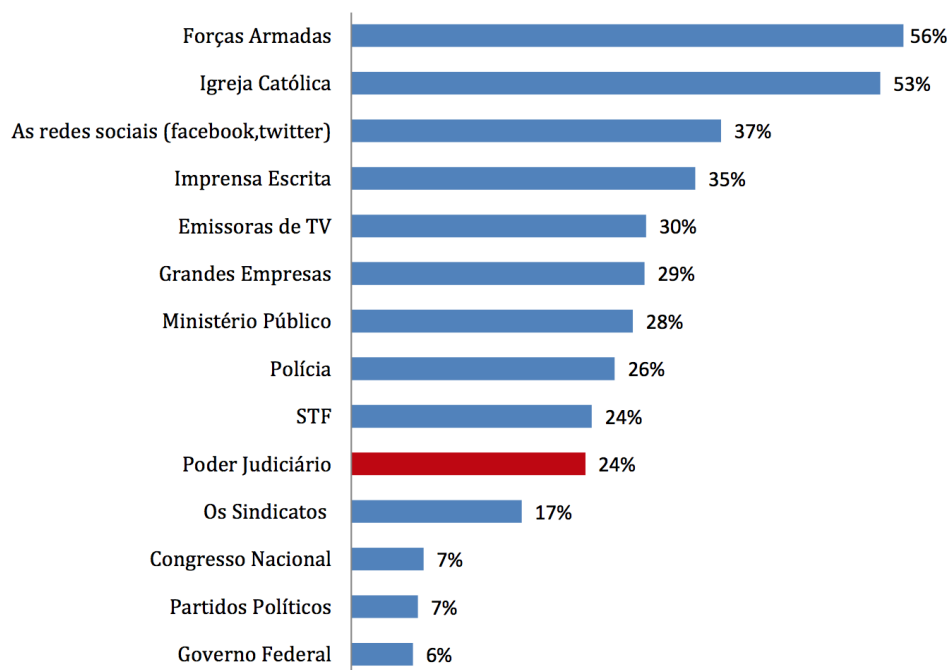
Fonte: FGV DIREITO SP (2017, p. 6).

ANEXO B – MOTIVOS QUE LEVARIAM OS ENTREVISTADOS A BUSCAR O JUDICIÁRIO



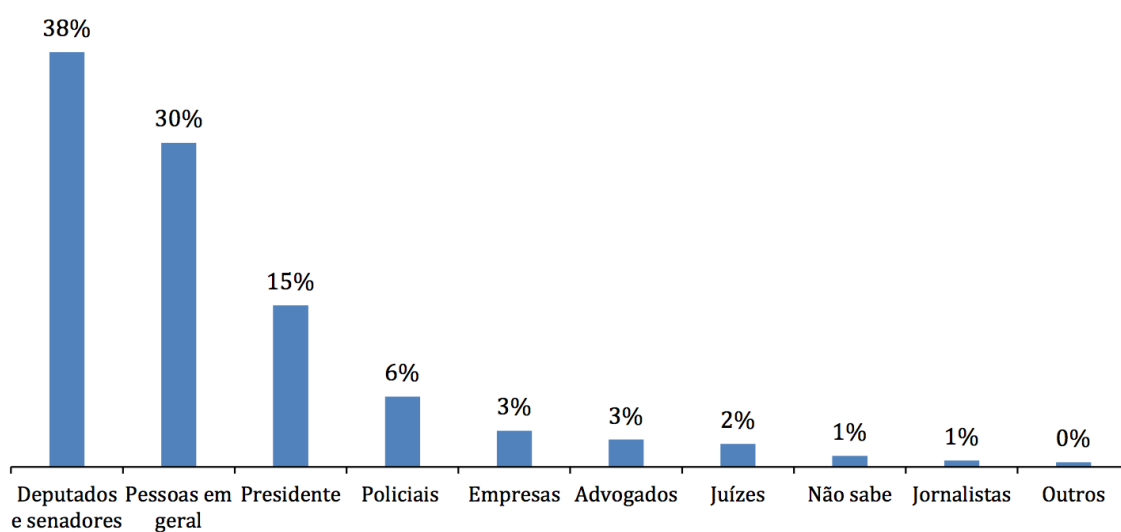
Fonte: FGV DIREITO SP (2017, p. 11).

ANEXO C – CONFIANÇA NAS INSTITUIÇÕES



Fonte: FGV DIREITO SP (2017, p. 13).

ANEXO D – PERCEPÇÃO DOS ENTREVISTADOS SOBRE QUEM MAIS DESRESPEITA AS LEIS NO BRASIL



Fonte: FGV DIREITO SP (2017, p. 19).